政府法制干部培训教材国务院法制局审定

民法教程

江平 主编

中国政法大学出版社

民 法 教 程

主 编 江 平

撰写人 江 平 赵旭东 孟 玉

中国政法大学出版社

民 法 教 程

主编／江　平

印刷／秦皇岛卢龙印刷厂

发行／新华书店首都发行所

开本／32　毫米787×1092　印张12　　字数　263千字

版次／1988年8月第1版　1988年8月北京第1次印刷

印数／1—7000

中国政法大学出版社　定价：4.10元

北京市学院路41号　ISBN7-5620-0125-1/D·121

序

为适应我国改革的深入发展和政府职能的转变，迫切需要有计划地培养一支素质较高的政府法制工作干部队伍。根据培训政府法制干部的要求，国务院法制局与中国政法大学联合编写了政府法制干部培训系列教材。这套教材分基础学科与部门法学科两部分。基本法律课程是由中国政法大学的教授、学者编写，专门法律课程由国务院及有关部委的专家和具有丰富实际经验的各级领导干部编写。它不仅适用于政府部门法制干部进修和自学，对于大学法律院系师生教学以及一切有志于法律知识学习的人自学都有参考价值。《民法教程》是这套系列教材的一种。

行政管理是一门科学。研究这门科学为的是掌握国家管理的规律，从盲目变成自觉。要提高行政管理的效率，并达到预期的管理目标，必须学习和掌握行政管理科学化的规律。行政管理更需要法治，现代的国家管理从根本上说，是法律的管理。在政府法制中不仅要有完整的行政法律规范体系，而且要求有严格的行政法律监督手段和严明的行政执法体制。只有把行政管理纳入有章可循的法制轨道，才能够抵御个人擅权和以权谋私。正因如此，党的十三大给予行政管理法制化以高度重视，明确指出，“要使行政管理走上法制化的道路。”

行政管理还需要懂法治，善管理的人才。实施国家公务员

制度就需要培养和造就一大批行政管理的公务人员，使合格的优秀人才进入各级政府机关。对现有行政工作人员，首先是政府法制工作人员进行政府法制培训，是达到公务员标准的重大措施之一。

国务院法制局与中国政法大学为此联合举办政府法制干部培训班，并编写这套政府法制干部培训系列教材。希望它在促进我国政府法制工作方面起一定作用。从发展趋势看，这套教材对于各级领导干部，特别是对各级主要行政领导干部和政府法制干部，是必读的教材。

编写这类教材在我国尚属初次尝试。初试者，必有新颖、独特之处；当然也会有不足和败笔。相信这套教材定会在使用过程中更加成熟、完善。

中国政法大学校长　江　平
国务院法制局副局长　黄曙海
1988年6月

目　　录

第一编　绪　论

第一章　民法概述

第一节　民法的调整对象

一、什么是民法

《中华人民共和国民法通则》第二条规定："中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系"。所以，民法就是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间财产关系和人身关系的法律规范总称。民法是调整财产关系的基本法，是重要的法律部门之一，它是直接反映并促进经济关系发展的法律部门。

关于民法调整对象的这一明确立法规定包含三层内容：

（一）民法调整的社会关系既包括财产关系，又包括人身关系。它否定了那种民法只应调整财产关系而不应调整人身关系的观点，也否定了有些人主张的民法只应调整公民人身关系以及与人身相关连的那部分财产关系（婚姻、继承等关系）的观点。财产关系和人身关系是统一的。

（二）民法调整的财产关系和人身关系的主体既包括公民，又包括法人。它否定了那种认为民法只应调整公民与公

民之间财产关系和人身关系，而有法人参加的财产关系则应由经济法调整以及以主体身份地位不同而区分并适用不同法观点。公民和法人这两种主体是统一的。商品经济使得公民与法人这两种民事主体的相同点越来越大于其不同点。

（三）民法调整的是作为平等主体的公民、法人相互之间的财产关系和人身关系，也就是横向关系。它否定了那种认为民法应该调整社会上一切财产关系和人身关系的观点，也否认了那种认为横向财产关系应当由民法和经济法共同调整的观点。在社会经济生活中存在着双方当事人作为平等主体出现的横向关系（平等、自愿的关系）和当事人作为不平等主体出现的纵向关系（命令、服从的关系）。这两种关系的性质不同，调整的手段和方式也不同，二者不能混淆。民法调整的只是平等主体之间的那部分财产关系和人身关系。

二、民法的本质特征

民法区别于其它法律部门的本质特征就在于它的主体的平等地位。

（一）有人认为民法的本质特征是它调整财产关系。民法确实是调整财产关系的重要法律部门。有些国家的法学界称民法为调整财产关系的基本法。但是，民法并不是调整财产关系的唯一法律部门。尤其是在社会主义国家，调整财产关系的手段是多样的，调整财产关系的法律部门除民法外，还有经济法、行政法、税法等。因此，调整财产关系并不是民法的最本质特征。

（二）有人认为民法的本质特征是它调整商品经济关系。民法确实是调整商品经济关系，而且它是随着商品经济的产生而产生，随着商品经济的发展而发展。没有商品经济也就无需民法这一法律部门和相应的法律手段。但是民法并

不单纯只是调整商品经济关系。姓名权、名誉权、荣誉权等人身权就不是商品，知识产权中有相当一部分在我国也不是商品。可以说，民法产生的土壤确实是商品经济，民法也确实给商品经济的发展以巨大推动力，但它却不是只调整商品经济关系。在改革、开放与搞活进一步深入的今天，尤其需要民法，但又不能仅仅依靠民法。

（三）有人认为民法的本质特征是它建立在生产资料公有制基础上。的确，民法所调整的财产关系的基础是所有制关系。有什么性质的所有制关系就有什么性质的民法。私有制基础上的民法就是资本主义和它以前社会的民法；公有制基础上的民法就是社会主义的民法。但是我们应该看到，生产资料公有制是我国民法不同于私有制国家民法的主要特征，但它并没有反映出我国民法与其他法律部门区别的本质特征，因为我国一切法律部门和法律制度都是建立在生产资料公有制基础上的。

（四）有人认为民法的本质特征是它调整的财产关系是等价有偿的。确实，民法调整的财产关系主要是等价有偿的，但又不能仅仅限于等价有偿的关系。赠与、借用、继承、无报酬的委托代理等关系都是无偿的。其它一些合同诸如委托、保管、贷款等既可以是有偿的，也可以是无偿的。

那么，到底什么是民法的本质特征呢？

民法的本质特征就在于我国民法通则第二条中所规定的“平等主体”这四个字。民事法律关系的本质特征也在于它是平等主体间的财产关系和人身关系。“平等主体”这一特征也可以用“横向关系”来表述。“横向关系”就是平等主体之间的关系，而“纵向关系”则是指不平等主体之间的关系。民法的特征就在于它调整的是“横向关系”，而不是“纵

向关系”。把握住了横向关系的丰富内容，也就把握住了民法的基本特征。

三、民法存在的社会条件

如果说民法的本质特征是它的“平等主体”这一属性的话，那么，民法存在的社会条件就是商品经济。民法只是作为社会上层建筑领域之一的法律的一个部门，它与社会经济基础关系甚为密切，民法就是社会经济生活的法律表现，也是对社会经济生活的法律调整形式。所以，恩格斯一针见血地指出：“民法准则只是以法律的形式表现了社会的经济生活条件”①，民法是“将经济关系直接翻译为法律原则。”②那么，民法所反映和调整的是一种什么样的“社会经济生活条件”呢？它当然不是自然经济，因为自然经济无需交换，也不会发生平等主体之间的财产交换；它也不是高度计划分配的产品经济，因为统一集中的计划分配不是横向关系，而是纵向关系。民法产生和发展的土壤只能是商品经济，而商品经济只能是平等主体之间自愿的交换。商品是天然的“平等派”，商品交换也只能是等价的交换。所以，民法是商品经济的法律表现形式，也是调整商品经济的重要法律手段。因此，恩格斯在谈到世界最早的民法——罗马法时说，它“是商品生产者社会的第一个世界性法律，”③“罗马法是简单商品生产即资本主义前的商品生产的完善的法。”④

两千多年来的历史充分说明：什么时候商品经济得到发展和重视，什么时候民法也就能得到发展和重视。不仅在以

---

① 《马克思恩格斯选集》第4卷，第248—249页。

② 《马克思恩格斯选集》第4卷，第484页。

③ 《马克思恩格斯选集》第4卷，第248页。

④ 《马克思恩格斯全集》第36卷，第169页。

私有制为基础的社会中是如此，在以公有制为基础的社会主义社会中也同样如此。民法总是一定社会商品经济关系的法律表现，这是客观规律。

苏联十月革命胜利后，为抵抗外国干涉者的侵略和白匪的叛乱，不得不实行军事共产主义，不得不实行严格的余粮征购制度以保障军队和城市的粮食需要。这时，商品经济的存在被限制在最小的范围内，因此也就没有多大必要制定民法以调整经济生活。一旦转入新经济政策时期，不仅允许私人经济存在，而且开放各种商品市场，活跃各种商品流通渠道，这就急需一部民法典来调整新型的商品经济关系。1922年制定、1923年生效的苏俄民法典正是在这种历史背景和社会条件下出现的。可以说，苏俄民法典是新经济政策的产物，有了新经济政策才有了民法典。

我国建国38年的历史也充分说明了这一规律。1954—1956年开始大规模经济建设、充分发挥商品经济和价值规律作用的时候，开始了民法典的起草制定工作。随着1957年的政治运动以及后来"三面红旗"时急于过渡到共产主义而对商品经济开始限制，民法典的起草工作中止，民法的作用也无人敢提了。1962—1964年我们总结了经济建设中的经验教训，认识到价值规律是一所"伟大的学校"，肯定了商品经济的重要积极作用，民法典的起草制定工作才又一次被提到议事日程上。但随着1965年的城乡社会主义教育运动的全面展开和后来十年"文化大革命"动乱，民法的制定工作又一次遭到厄运。只是在十一届三中全会以后拨乱反正，确定了全党全国工作以经济建设为中心，充分肯定了商品经济的历史作用情况下，特别是在改革、开放、搞活加快步伐，社会主义初级阶段理论形成并确立的情况下，民法才真正得到

重视，《民法通则》才能得以制定通过。可以说，我国的民法通则是改革、开放、搞活这一方针路线的产物。要实行经济的改革、开放、搞活，就必须要有完善的民法准则，就必须重视民法的作用。

四、民法所调整的财产关系

什么是财产关系？这是弄清民法调整对象的另一个重要问题。有的同志认为：经济关系和财产关系是两个不同的概念和范畴，民法调整的是财产关系，而经济法调整的则是经济关系。有的同志认为，社会生产、交换和分配领域内的关系是经济关系，消费领域内的关系则是财产关系。有的同志认为，商品性关系是经济关系，而非商品性关系则是财产关系。这些认识都是不正确的。

首先要看到，经济关系是指人们在生产、分配、交换和消费过程中所形成的社会物质关系。它构成了一个社会的经济基础。财产关系一词的用法则既可能是指经济关系（物质关系），也可能是指法律关系（意志关系）。马克思在《论蒲鲁东》一文中说“政治经济学不是把财产关系的总和从它们的法律表现上即作为意志关系包括进来，而是从它们的现实形态即作为生产关系包括起来”时，财产关系就是经济关系，就是经济关系的总和。马克思在《政治经济学批判序言》中说“社会的物质生产力发展到一定阶段，便同它们一直在其中活动的现存生产关系或财产关系（这只是生产关系的法律用语）发生矛盾”时，财产关系则是指已经上升为法律关系的经济关系。这时所使用的财产关系已经具有了法律的内容，它与经济关系已不能等同使用。财产关系与经济关系的相异点只能是如此。

财产关系是指全部经济关系的总和，而不是一部分财产

关系。具体说来，财产关系的内容是指：

（一）它既包括纵向的经济领导和管理的关系，也包括横向的经济流转和协作的关系。当然，民法所调整的财产关系只是后者，即横向财产关系。

（二）它既包括生产经营性的财产关系，也包括非生产经营性的财产关系。在西方许多国家除民法外还同时存在着商法，实行民商二元主义。西方国家的商法实质上就是调整营利性经营活动的那部分民法，它是从民法中脱离出来而又与民法这一母体有着极密切联系的法律部门。我国只有民法与经济法，而没有西方国家商法的概念，也没有必要再独立划分出商法。

（三）它既包括商品性的财产关系，也包括非商品性的财产关系。从整体上讲，民法所调整的财产关系主要是指在商品生产和商品交换中发生的横向经济关系，但是它也调整一些并不直接与商品经济有关的财产关系（如财产继承关系等）。

（四）它既包括有偿的财产关系，也包括无偿的财产关系。商品经济所体现的财产关系绝大多数是有偿的，但也有无偿的（如无息贷款、无偿保管等）。非商品性财产关系也可以是无偿的（私人赠与、继承等），也可以是有偿的。

（五）它既包括财产所有和财产经营关系，也包括财产流转关系。前者是指因直接占有、使用、收益、处分财产而发生的关系，它主要表现为财产所有权、经营权等关系。后者是指因财产的交换、流通、分配、转移而发生的关系，它主要表现为债权关系、继承关系等。

（六）它既包括物质财富的生产、分配、交换和消费过程中的财产关系，也包括精神财富的创作、利用、传播和转

让过程中的财产关系，如知识产权。

（七）它既包括由于特定的身份和人格而产生的财产关系，也包括与人身无关的财产关系。前者主要指由于家庭婚姻关系而产生的财产关系（包括家庭婚姻财产、抚养、赡养费用等），它也包括由于使用姓名、肖像等引起的财产关系。

（八）它既包括由于权利的取得和行使而产生的财产关系，也包括由于权利受到侵犯而产生的财产关系，如赔偿损失、返还财产、支付违约金、修理、重作等。

五、民法调整的人身关系

人身关系是指与特定的人身不可分离而没有直接财产内容的社会关系。人身关系本身并没有财产内容，人身权本身也没有财产价值，但它可以引起产生一定的财产关系，例如，著作权中的署名权就会引起稿酬的归属，人的身体健康权受到侵犯就会产生损害赔偿的关系。

人身关系也有纵向的和横向的之分。纵向的人身关系发生在非平等主体之间，如因国籍的取得和丧失、学位的申请与授予、公民的申诉和控告、诉讼中的辩护和上诉等方面的权利而发生的关系就属于纵向的人身关系。横向的人身关系发生在平等主体之间，如因公民的生命、健康、人身自由、姓名、名誉、荣誉等而发生的关系就属于横向的人身关系。民法调整的只是平等主体之间的人身关系，而非一切人身关系。

民法所调整的人身关系包括两个部分：一是与公民或法人作为民事主体资格有密切联系的那部分人身关系，因为民事主体资格的法律术语叫作人格，所以也称人格关系。既然公民和法人都具有民事主体资格，因此，每一个公民和依法设立的法人就都享有人格权。既然每个公民和法人都具有这

种人格权，那就更突出了这种关系的平等性质。民法规定的人格权主要有生命健康、人身自由、姓名（名称）、名誉、肖像等方面的权利。二是与公民或法人的特殊身份有密切联系的那部分人身关系，由于它与民事主体的特定身份直接相关，所以也称身份权。身份关系包括公民因血缘、婚姻、代理、监护、知识产权等取得的身份。这部分身份权并非任何一个民事主体（公民、法人）都能享受的，例如荣誉权就不是属于每一民事主体都享有的。专利法、商标法中的人身权也不是每一民事主体都能享有的。这部分人身关系也称身份关系。

民法所调整的人身关系依其发生的原因不同可以分为两种：一是由于公民和法人享有人身权而与所有其他人所发生的关系，这种关系是一种支配权关系，但因为人身权的支配权不象所有权那样具体、广泛，又不能转让，所以往往不被人们注意，但它仍然存在，例如，每个公民都有权使用自己的姓名或者依法改变自己的姓名；二是由于公民和法人享有的人身权受到侵犯时而与特定的侵权人之间所发生的关系，这种关系是一种请求权关系，即请求保护人身权的关系，例如名誉权受到侵害时所发生的关系，这种关系比较具体、明确，它与权利人有直接利害关系，更容易为人们注意。

民法所调整的人身关系本身虽然没有直接的财产内容，但依其与财产关系是否有联系以及联系的性质可以分为三种：一种人身关系是发生财产关系的前提或依据，例如，有了抚养的人身关系就有了取得抚养费的财产关系的前提，有了发明人的身份资格，才能得到发明奖励；第二种人身关系是只有当人身权受到侵犯时才会发生财产关系。例如，当公民的身体健康受到损害时就必然要发生赔偿物质损失的财产关

系；第三种人身关系是既使人身权受到侵犯时也只发生精神损失，而不发生物质损失，如在许多情况下名誉权与荣誉权受到侵犯就是如此。只有精神损失而没有物质损失并不意味着对精神损失不能采取物质赔偿的方法，但它与造成物质损失时的赔偿计算方法不同。

第二节　民法的基本原则

我国民法通则第三、四、五、六、七条规定了我国民法的基本原则。根据这些条文的规定，可以概括为下列基本原则：

一、平等原则

平等原则是民法的最基本原则，它是由民法的本质特征所决定的。既然民法调整的对象是平等主体之间的财产关系和人身关系，那么，平等原则就是调整横向关系的民法所要求的一个根本原则。违反平等原则也就是违背了民事关系自身存在的基础。平等原则包含下面一些内容：

（一）任何民事主体都应享有平等的权利能力。作为民事主体的公民来说，不论他们的性别、年龄、民族、种族、出身、职业、宗教信仰、财产状况、教育状况、身体状况、精神状况、自由状况、婚姻状况如何，其法律地位都是平等的。作为民事主体的法人来说，不论它们是领导机关或被领导单位，是全民所有制、集体所有制或其他性质的经济组织，是经济实力强大的大型企业或经济实力较弱的中小型企业，其法律地位也同样是平等的。在民事法律关系中一旦某个组织是以上级组织或下级组织的地位出现时，它就已经不是作为平等主体关系的法人了。

民事主体的平等资格和地位排斥在民事关系中的特权地

位，任何公民和法人都不能凌驾于另一公民和法人之上。因此，平等原则反对在民事活动中实行行政命令和行政服从的手段。

（二）任何民事主体在具体的民事活动中都享有平等的权利并承担平等的义务。民法中的平等原则必然也要体现在权利义务平等上。当事人既享有民事权利，也承担民事义务。任何一方当事人所享有的民事权利，同时就是另一方当事人所承担的民事义务。反之，任何一方当事人所承担的民事义务，同时也就是另一方当事人所享受的民事权利。不但在债权关系中是这样，例如卖主的权利就是买主的义务，卖主的义务就是买主的权利。在所有权和其他绝对权中也是如此。例如所有人享有对其所有物的占有、使用、收益和处分的权利，也就是义务人员有不妨碍所有人对其所有物的占有、收益或处分的义务。

民事主体的平等权利和义务排斥民事关系中的不平等协议、霸王合同以及不平等竞争等。这一原则也反对在民事活动中借助行政权力来扩大自己的权利、减小或免除自己应尽的义务；或是相反，规定对方当事人众多的义务而尽量减少甚至不给以应享有的权利。

（三）任何民事主体都平等地受到法律保护。民事主体的平等法律地位必然意味着平等的法律保护。不能根据财产的不同所有权性质或民事主体的经济实力、行政权力、职位和社会地位的大小、高低来确定其保护手段和方法的不同，或是确定其保护程度的不同。国家财产和集体财产、个人财产一样受到同等的保护。有些书籍主张的国家财产“特殊保护”或“优先保护”的原则是和民法的平等原则相违背的。

民事保护中的平等也不等于“兼顾”。有些同志主张国

家、集体、个人利益兼顾的原则，这是不可取的。民事保护中的平等是指谁的平等的合法民事权益受到侵犯，谁就应得到法律平等的保护，而不是在侵权者和被侵权者之间兼顾其利益。

二、自愿原则

自愿原则是平等原则的必然体现。既然民事关系中双方当事人是平等的，谁也不能以自己的意志强加于对方，那么只有双方自愿才能体现出双方的平等。如果一方屈从于另一方的意志，那就很难体现平等原则。

自愿原则主要是指民事主体在参加民事活动时的意思表示应当是自愿的、真实的。任何在欺诈、胁迫、乘人之危、强迫命令情况下实施的民事行为都是无效的。所谓民事活动就是指公民和法人为了取得、变更或终止民事权利和民事义务所进行的各种活动，这种活动又必须通过人（自然人和法人）的行为才能得以实现。而人的行为又是不能离开自己的愿望和意志的。不仅公民有自己独立的愿望和意志，法人也同样有自己的愿望和意志。强调自愿原则就是要保护民事主体自由、自主、自愿地取得权利和行使权利的权利。

自愿原则也意味着在经济体制改革中放权、让利、给企业以更大的自主权。减少指令性计划的范围、扩大市场调节的范围，意味着国营企业法人可以在更大范围内自愿地参加它所愿意参加的一些经济活动。所以，自愿原则也是市场经济、商品经济的内在规律和内在要求。

有些同志认为我国的计划经济与自愿原则是水火不相容的。首先应该看到，我国民法的自愿原则并不等同于西方国家民法中的“意思自治原则”。传统民法中所谓的“意思自治原则”包含两层意思：（1）当事人的意志自由。“契约

自由”、“遗嘱自由”都是这一原则的体现；（2）当事人的自由意志高于一切。“契约就是法律”就是这一原则的体现，当事人之间的自由契约可以不同于民事法律的规定。我国民法中的自愿原则具有传统民法“意思自治原则”中的第一层意思，但不包含第二层意思。这个原则要受到法律和计划的限制，因此，意志自由是相对的，而不能理解为绝对的。另外还应当看到，我国的社会主义经济是计划指导下的商品经济，不能把计划和市场经济的自愿原则对立起来。我国经济合同法规定的经济合同，既有“必须符合计划要求”的一面，又有“任何一方不得把自己的意志强加给对方，任何单位和个人不得非法干预”的一面。这就是我国民法自愿原则的特点。

三、等价有偿原则

等价有偿原则也是平等原则的必然表现。商品经济中的平等交换必然要表现为等价有偿。等价有偿原则是商品经济关系中的价值规律在民事法律中的反映。

等价有偿原则是指在民事活动中除法律另有规定或合同另有约定者外，取得他人财产利益或得到他人劳动服务的一方应当向对方给付相应的价款、酬金或其他财产利益和劳动服务。民法中的等价有偿原则不仅表现在合法的经济活动中，同样也体现在违法的民事活动中。在违约责任和侵权责任中责任者应当赔偿损失也同样是这一原则的体现。造成损失必须赔偿，而赔偿金的数额应与实际造成的损失数额相等。受害人不能因赔偿损失而获取超出实际损失的利益。作为民事责任方式中最主要和最重要的一种的赔偿损失也贯穿了等价有偿的精神。

等价有偿是一个原则而不是两个原则。等价并不是经济

学上的概念，不能理解为必须是经济学意义上的等价交换。特别是在价格体制还不合理的今天，更无法实现经济学意义上的等价交换。等价应是一个法学概念，它是指在财产关系中当事人双方的经济权利义务对等、利益对等。一方有权要求另一方给以对等的经济利益。这是商品观念、经营观念、利润观念 、投入和产出观念 、效益观念在民事法律关系中的体现。

等价有偿是法律原则而不是道德原则。强调经济活动中的等价有偿是针对经济活动中造成极大危害的"一平二调"、吃"大锅饭"、不讲利润、不讲效益、不讲核算、不讲竞争的作法而提出的法律准则。西方国家把商法领域内的活动都视为是有偿的，这是因为商事活动都属于营利性活动，而营利活动必然是有偿的。我国没有商法，但同样存在经营活动。商品经济条件下的经营活动也同样需要有等价有偿的法律准则。这并不排除在其它非经营性的民事活动中仍然存在一些、甚至大量的无偿行为。等价有偿也不能理解为道德准则，更不能视为最高道德准则。一切都必须用金钱计算、以金钱为代价的商品经济观念并不是道德准则。

四、公平、诚实信用原则

民法中的公平、诚实信用原则来自平等、自愿、等价有偿原则。"平等、自愿、等价有偿"这八个字是商品经济法则的法律表现，体现了民法的实质。而"公平、诚实信用"这六个字则是当事人在民事活动中的行为准则和司法机关解决民事纠纷的裁判准则。有了这六个字就能真正发挥社会主义民法所应起的作用，就能真正保障和实现当事人的民事权利而不致于被任意侵犯或滥用。

公平就是要公正地实现当事人双方的利益。任何人都必

须公平合理地实现自己的利益、负担民事义务、对自己的不法民事行为承担民事责任。

诚实就是要求当事人善意地行使自己的权利并对待他人的利益和社会的利益。任何人都必须在权利范围内以符合该项权利社会经济目的的方式行使自己的权利。任何人都不得滥用自己的权利，不得通过自己的民事活动损害第三人和社会利益。任何人在民事活动中的恶意通谋、诈欺行为都不能产生法律效力并应承担相应的民事责任。

信用就是要求当事人在民事活动中严格按照法律规定或合同约定履行自己承担的民事义务。信用也是指当事人之间的信任和合作，尤其是在社会主义企业之间更需要有信任和合作。再严密的法律和合同也不可能把权利和义务规定得详尽无遗，而当事人之间的诚实、善意、信任和合作态度则是履行合同、履行义务的更可靠保证，也可以大大减少民事、经济争讼。

如果说"平等、自愿、等价有偿"原则主要是商品经济法则上升为法律准则的话，那么，"公平、诚实信用"原则就是商品经济活动中的道德准则上升为法律准则。这是商品经济对法律的要求，没有"公平、诚实信用"的保障，起码的商品交换、商品流通就不能安全地得到实施，就会严重地破坏社会的经济秩序，这是为什么西方国家民法提出"公平、诚实信用"，我国民法同样也要把它视为我国民法基本原则的原因。

应该看到，我国民法中的"公平、诚实信用原则"不仅只从上面所说的道德规范法律化的意义上去理解，这仅仅是狭义的理解。这个原则还应从更广些的含义上去理解，即把它看作是为了补足法律规定不详尽、不周严而规定的一种补

充性条款、弹性条款。我国民事立法还不完善，许多具体合同都没有法律条文规定，哪些内容合法，哪些不合法也不够明确。例如关于利率问题，私人借贷的利率达到什么程度就应视为属于非法的高利贷，目前尚不能有统一规定。人民法院在审理类似这种纠纷案件时，可以援引“公平、诚实信用”的一般性原则来作出正确而又符合实际情况的判决。

五、保护合法民事权益原则

民法通则第五条规定：“公民、法人的合法民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。”保护当事人的合法民事权益也是我国民法的重要目的，因此，它也是我国民法的一项基本原则。

民法的核心内容是民事权利和民事义务。而民事权利和民事义务这一对矛盾统一体中民事权利是其主要方面。一般说来，民事义务的履行正是为了实现权利，离开了实现其民事权利，履行各种义务就失去了任何意义。民法的规范无一不和民事权利有关。民事主体是有关当事人享受权利和资格的规范；民事法律行为是有关民事权利如何取得、变更和终止的规范；民事责任是有关民事权利受到侵犯时如何保护的规范。总之，民法就其本质来说就是有关民事权利主体享受民事权利的资格、范围、内容以及各种民事权利的取得、行使和保护等方面的法律规范。从这一意义上说，当事人享有的合法权利及利益在民法中的地位和作用，要比任何其他法律部门都更加重要。这就是为什么民法通则要把它作为民法的一项基本原则规定下来的原因。

保护公民和法人的合法民事权益，首先是指凡是法律规定公民和法人可以享受的民事权益均属于合法的。例如在社会主义初级阶段允许一定范围的私人经营和非劳动收入，允

许土地使用权的有偿转让。民事权益是否合法不能以道德规范来衡量，也不能以行政长官的意志来衡量，只能以法律的规定为准绳。只要是合法的民事权益，无论对待国家单位、集体单位、公民个人、私营企业或外国企业，都毫不例外地受到法律保护。

其次，保护公民和法人的合法民事权益是指任何公民和法人都不得非法侵害其他公民或法人的合法民事权益，否则要负民事责任。国家行政机关和其他单位也不得非法侵害。从我国建国30多年的实践中可以看出，在相当长一个时期内我们严重地忽视了对合法民事权益的切实有效的保护。法律规定变成一纸空文，民事主体的合法权益，尤其是公民的合法权益时常受到侵犯。现在，确实到了严格防止任何机关和单位、公民和法人侵犯民事主体正当民事权益的时候了。

最后，保护公民和法人的合法民事权利是指当他们的合法民事权益受到非法侵犯时，有权向法院提起诉讼，请求保护。因此，法律保护也必须有具体的途径和方式。没有国家的切实保护，再多的民事权利规定也只不过是一纸空文。权利失去了法律的保护，也就不成其为权利了。我们从古代罗马的法律中可以看到权利和诉讼紧密联系在一起：有什么样的民事权利就有相应的诉讼名称及其诉讼内容要求。反过来，有些诉讼（如对人之诉和对物之诉）就成为相应权利的名称（债权、物权）。这说明，权利和诉讼关系，尤其是民事权利和诉讼关系，至为密切。应当树立正确的通过法院以及其他授权单位保护合法民事权利的风气。

六、遵守国家法律和政策原则

民法通则第六条规定："民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。"国家的法律和政策是全

国人民最高利益的体现，是一切民事主体必须遵循的基本准则。公民和法人的一切行为均不得违反国家的法律和政策。

国家保护的当事人民事权益必须是法律规定和允许的。国家保护的民事活动必须符合法律规定的内容和形式，承担民事责任的要件和范围也必须符合法律规定。总之，无论民事权益、民事活动以及民事责任都要严格依照法律规定。凡违反法律规定的，不能产生任何法律效力。

有些同志认为在民法通则中只应写"民事活动必须遵守法律"，不应当再提："遵守国家政策"。他们认为把法律和政策并提会降低法律应有的威信。但是考虑到我国法律还不完备，而民事活动又十分复杂，城乡经济体制改革正在进行，许多问题一时尚难以法律形式固定下来，所以特别加上了"法律没有规定的，应当遵守国家政策"。这里不存在政策效力大于法律或政策与法律并行的二元论观点。民法通则明确指出：只有在法律无此规定时，才应当遵守政策，这就排除了借政策来否定法律的错误实践。这里不存在政策大于法或政策和法律具有同等作用的问题，而是有法律时依法律，无法律时依政策，法律是第一位的，政策是第二位的。

七、维护国家和社会公共利益原则

民法通则第七条规定："民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。"这一条规定的就是维护国家和社会公共利益的原则。

民法既然把民事权利看作它的核心内容，那么除了国家保护合法的民事权益这一方面外，还必须规定当事人不得滥用民事权利。只有这两方面规定的统一才是对民事权利的完

整规定。世界各国民法大都有关于禁止滥用权利的规定。滥用权利就是指超越权利的范围或违背权利的社会经济目的而行使权利。权利滥用是违法的，但它又与一般的违法不同，它并不直接违犯法律的某一规定，所以这种行使权利的行为表面看起来并不违反法律。例如，公民依法可以占有、使用、收益和处分自己的财产，他可以使用自己的房屋举办庆祝生日活动，但不得喧哗吵闹影响他人正常休息。这就是在“不得违反法律”之外还需要有一个更加弹性的原则来限制民事权利的滥用。许多西方国家沿用“公序良俗”这一术语和概念，即权利的行使不得违反社会公共秩序和善良风俗。对于资本主义国家来说，这一原则是维护资产阶级统治者利益的。我国也需要类似的准则以维护国家和社会利益，包括国家的经济计划和社会的经济秩序。

第三节　民法在经济体制改革中的作用

党的十二届三中全会通过的《中共中央关于经济体制改革的决定》指出：“……社会主义计划经济必须自觉依据和运用价值规律，是在公有制基础上的有计划的商品经济。商品经济的充分发展，是社会经济发展的不可逾越的阶段，是实现我国经济现代化的必要条件。”因此，经济体制改革的一个重要目的就是使我国广大的经济工作者和企业领导人具有强烈的商品经济观念，在他们的经济活动中要有强烈的投入产出观念、市场观念、竞争观念和效率观念。民法也正是为这一目的服务的一个法律部门，它对经济体制改革的法律调整作用主要表现在下面几个方面。

一、多种具有平等地位的民事主体

民法通则规定了多种具有平等地位的民事主体，他们表现为公民和法人以及他们的派生形式。公民可以表现为农村承包经营户、个体工商户（个体企业）以及个人合伙（合伙企业）等，法人可以表现为国营企业、集体企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外国独资企业、各种联营企业、公司等。在当前我国的经济实践中还存在着一定数量的私营企业、国内合资经营企业等，它们也将获得一定的法律地位。这种多种形式的民事主体在横向经济活动中都是平等的，都可以在法律规定的权限范围内积极参与各种经济活动。他们的地位得到法律保障，他们的合法民事权益和民事活动都得到法律保护。这就为多种经济形式的存在和经济的活跃繁荣提供了必要的法律形式和手段。

二、自主经营、自负盈亏的独立法人

民法规定的法人制度，尤其是企业法人制度，是改变旧的经济管理体制，扩大企业自主权的法律基础。《中共中央关于经济体制改革的决定》提出了“要使企业真正成为相对独立的经济实体，成为自主经营、自负盈亏的社会主义商品生产者和经营者，……成为具有一定权利和义务的法人。”增强企业的活力是以城市为重点的整个经济体制改革的中心环节，而增强企业活力的主要法律形式和手段就是建立和健全法人制度。民法规定了法人的必要条件，这就保障了企业法人的经济实体性质。民法规定了法人的独立主体资格，确定它具有权利能力和行为能力，独立享有权利并承担义务，这就保障了它的自主经营性质。民法规定了企业法人以自己所有的或经营管理的财产承担民事责任，这就保障了它的自负盈亏性质。

企业法人的经济实体、自主经营、自负盈亏的性质使它作为一个平等的民事主体参与社会主义竞争；使它的利益和责任完全结合起来。自负盈亏就是独立承担民事责任，这是法人制度在今天实施的重要意义。

三、企业自愿横向联合的法律组织形式

赵紫阳同志在关于"七五"计划的报告中指出："七五"期间经济体制改革中的一个主要内容，就是促进横向经济联合。要按照自愿互利、共同发展的原则大力促进企业间的横向经济联合……。要通过发展横向联合，进一步推动整个改革不断前进。要排除横向联合的障碍，合理规定联合各方的权益，从政策上支持和从立法上保证企业间各种联合的健康发展。

民法通则对于联营的法律形式以及联营各方的权益作了原则规定。在民法通则规定的基础上还将进一步完善立法，制定国内合资企业法、有限责任公司条例、股份公司条例等单行法律法规。民法通则不仅规定了企业和企业之间的联营，还允许事业单位法人和企业法人进行联营，这就更能促进科研单位、设计单位以及高等学校等事业单位与企业组成科研生产联合体，推动经济体制的改革。

四、所有权与经营权的分离

我国经济体制改革的一个重要理论基础是社会主义公有制下国家财产所有权与经营权的分离。根据所有权与经营权分离的原则，建立和健全责、权、利相结合的企业经营机制。正是在这个理论和原则指导下出现了承包经营责任制、企业租赁经营制、资产经营责任制及股份制等多种所有权与经营权分开的有效形式。

民法通则不仅规定了所有权制度，而且还明确地规定了

所有权以外的其他物权制度，特别是国营企业的经营权制度。这就从法律上肯定了所有权与经营权的分离，确定了经营权是独立于所有权的一种物权，从而赋予了经营权人以独立的财产占有、使用、收益和一定程度的处分权。在民法中对经营权的肯定，就意味着经济体制改革中的经营权及其享有人将能得到法律手段的保护。

五、健全合同制度，完善市场体系

经济体制改革的一个重要内容就是发展社会主义的商品市场，逐步扩大和完善市场体系。首先要进一步扩大生产资料市场，建立稳定的横向自愿供货关系。其次要有步骤地开拓和建立资金市场，发挥金融市场筹集调剂资金、引导资金流向和提高资金使用效益的作用。还要积极开发技术市场，使科技成果能尽快而有效地流向需要的部门。

市场经济的杠杆是合同。民法通则中有关债权制度和合同制度的规定以及经济合同法、涉外经济合同法、科技合同法和一些有关的条例，确定了市场经济的基本法律制度。市场经济的完善必然要求建立完善的有价证券立法，对于证券的发行和流通要有一套管理的方法。资金市场的开放也要求建立我国的票据法，将资金融通这种特殊的市场交易完全置于有效的法律控制之下。民法通则对知识产权作了专门的规定，有关专利权、商标权、著作权、发现权、发明权及其他科技成果权的法律规定和科技发明及其他成果的合法转让权利都为这些成果进入技术市场提供了法律依据和可靠的法律保护手段。

六、充分利用沟通商品流通的多种服务性辅助手段

商业是活跃经济的中心环节。商品流通的渠道畅通就可以反过来有力地促进工农业生产的发展。为了使商品交易渠

道畅通，就必须充分利用多种服务性的辅助手段，如委托、信托、居间、信息服务和其他劳务活动等。

民法通则明确规定了代理制度，这一制度有利于充分发挥专业特长的优势，把自营业务和代理业务紧密结合起来。外贸体制实行进出口代理制正是充分利用代理制提高经济效益的一个实例。民法通则还肯定了表现为交易所、货栈和商品信息服务等居间形式和代理形式。

七、建立多种有效的合同担保制度

经济合同的订立和履行是使企业经济得以正常运行和发展的前提。合同的不履行会严重阻碍经济的运行，破坏正常的经济秩序。而企业法人地位的确立，使国家再不对企业的债务承担责任。这样，企业法人自身对外的资信能力就更具有重要意义。当事人只能在对方有足够的资信能力情况下与之订立合同。合同担保制度就是合同可靠履行的有力保障。无论在国内和国际经济交往中，这种制度都得起着越来越巨大的作用。

我国经济合同法只规定了保证、定金和留置权这几种合同担保形式，而民法通则又把世界各国使用最广泛的一种合同担保形式——抵押作了明确规定。这样就建立了一整套保障经济流转安全的合同担保制度体系，它必将促进经济的活跃发展。

八、加强民事责任，运用民事制裁手段

经济体制改革中不仅需要加强企业间的横向经济联系和交往，还要加强经济联系和交往中的合同纪律和经济责任，这样才能有良好的经济秩序。经济开放搞活的实践证明，对于各种违法活动缺乏必要的法律制裁（包括以财产责任为主要内容的民事制裁在内），就不能保证经济体制改革的健康

发展。

民法通则规定了严格的违约责任和侵权责任，规定了承担民事责任的具体形式，这些规范构成了完整的民事责任制度，保障了经济体制改革中企业法人或其他民事主体的合法权利和经济利益。

第四节 民法通则的效力

民法通则的效力如何，对此有不同的认识。我们需要就民法通则的效力问题作一些探讨。

一、民法通则和民法典

我国民法的起草工作早在1954年就开始了。对如何制定和颁布民法的问题，一直有两种不同意见：一种意见主张起草一部完整的民法典；一种意见主张搞单行法，分部分地起草颁布民法。50年代和60年代都是以完整的民法典为目标进行立法工作的。1979年起草的民法第四稿是一部比较完整的法典式的民法。

从1982年开始，在民事立法的方针上发生了很大变化。当时考虑到民法所涉及的范围很广泛，内容很复杂，各地经济发展水平相差很大，经济体制改革只在农村刚刚开始，改革经验还不成熟，因此要制定一部完整的调整各种横向经济关系的民法典，是很不现实的。如果硬将还不成熟的东西用法律条文形式固定下来，势必会对经济体制改革产生消极影响。基于这一原因，自1982年起陆续制定和颁布了一些单行法，如经济合同法、专利法、商标法、涉外经济合同法、继承法等。单行法的陆续颁布意味着民法要采取“零售”的方式，即在原来民法典起草工作中，哪些部分成熟、需要紧

迫，就先以单行法形式颁布。这样，完整的民法典起草就让位于单行法的起草。但是还有一些单行法无法解决的共同性问题，如民事主体的法律地位、民事权利 、民事法律行为、代理、民事责任以及诉讼时效等问题，需要有一部法律作出共同性的规定。这部法律既不同于民法典，因为它没有民法典那么完整，也不同于一般的民事单行法，因为它不是规定某一种民事法律关系的法律规范。最初这部法律拟定名为“民法总则”。考虑到它的内容已经超出了原来意义上的“总则”范围，而且一旦使用民法“总则”、则势必要制定民法“分则”，所以采用了“民法通则”这一名词。这就是民法通则这一部法律的特定含义。

民法通则从其性质和内容来看，不同于民法典，它仍待单行法和条例去补充、完善。更不能说民法通则中未规定的都是法律不加以保护的。但从民法通则的法律效力来看，它与民法典的法律效力是同样的。民法通则是全国人民代表大会通过的基本法，与刑法、刑事诉讼法一样，具有国家基本法的法律效力。

二、民法通则和民事单行法

正是因为民法通则还不是民法典，所以它并不妨碍按照实际需要陆续制定一些民事的或和民事有关的单行法。但是，民法通则是基本法，单行法必须以基本法为基础，必须按照民法通则的精神去制定。民法通则和单行法之间的效力问题，应区别不同情况来处理：

（一）民法通则只作出原则规定或者没有规定的，单行法可以据此作出详细规定。民法通则有关规定的效力就体现为具体的单行法上。例如，民法通则只原则性地规定了公民享有财产继承权，知识产权中只原则性地规定了专利权、商

标权和版权。这些规定的效力就具体体现在继承法、专利法、商标法和正在制定的版权法中。基本法和单行法是不矛盾的，后者是前者的具体化和补充。

（二）民法通则有具体的规定，但同时又有“但书”，即明确写明“法律另有规定的除外”。这就是说，基本法允许单行法作出与前者不同的规定，例如，民法通则规定的一般诉讼时效为二年，但允许单行法另作规定。在这种情况下，单行法的效力优于基本法，应按单行法规定的诉讼时效为准。

（三）在民法通则颁布以前实施的单行法中有与民法通则的规定相抵触、而民法通则又没有允许单行法另作规定时，则应以民法通则的规定为准，单行法应作相应的修改。

（四）在民法通则颁布以前实施的单行法中没有规定或没有详细规定，而在民法通则中则有比较具体的规定时，如果二者没有相互抵触，则民法通则与单行法的相应规范具有其法律效力。

三、民法通则与地方立法

宪法规定我国省、自治区、直辖市享有地方立法权。民法通则既然只是一些原则性规定，那就允许地方立法在民法通则没有规定或只有原则规定的情况下作出补充性的规定。各省、自治区、直辖市的补充性规定中就有可能不一致，这在刑法和诉讼法中是不允许的，也是不可能的，但在民法中，由于没有完整统一的民法典，则完全可能。例如，关于哪些具体的民事行为属于无效的就是如此，在甲省视为高利贷或非法买卖的，在乙省则相反。这就可能产生我国国内的冲突法问题。为此，应该严格规定地方民事立法权限的范围，象

民事权利能力、民事行为能力、诉讼时效、民事责任等绝大多数的民法通则规定，应该是全国统一的，不允许地方立法另作规定或再作规定。民事法律的统一性应引起严重的注意，否则会给不法分子以可乘之机，也会给我国司法工作带来无穷尽的麻烦。所以列宁一再强调："法制不应该卡卢加省是一套，喀山省又是一套，而应该全俄统一，甚至应该全苏维埃共和国联邦统一。"①

四、民法通则的时间效力

民法通则对于在它公布实施前发生的民事关系是否具有溯及力的问题，学者们尚有不同的认识。有些同志主张民法通则原则上应有溯及力，有些同志主张它不能有溯及力。

民事法律的溯及力是指新的民事法律颁布实施以后，对它生效之前所发生的民事关系仍然适用。按照一般的原则，新的法律，当然也包括新的民事法律，是没有溯及力的，民法通则也不例外。但是，我们在原则上承认民事法律没有溯及力的同时，必须指出下面几点：

（一）不能因为法律一般无溯及力而不注意到民法通则是我国30多年来民事审判实践的总结。由于长期法制不健全，民事立法更是残缺不全，主要靠审判实践所形成的丰富经验。民法通则和有关的民事单行法与这些经验通常都是一致的。例如继承法规定的继承顺序就与它颁布实施以前的审判实践是一致的。我们不能以继承法没有溯及力而否定继承法的规范可能适用于在它生效以前所发生的继承关系。

（二）由于建国30多年来我国民事法律很不完善，并没有一部法律明确规定公民和法人可以享有哪些民事权利，甚

① 《列宁全集》第33卷，第325—326页。

至许多公民和法人还不知道自己享有哪些民事权利，但这并不意味这些民事权利不存在。因此，不能以民事法律没有溯及力为由来否定民法通则规定的有关民事主体权利能力的规范对它实施以前的民事关系仍可适用。例如，民法通则规定的对各种人身权（姓名权、名誉权等）的保护，在它生效之前仍然存在。

（三）对于民事法律行为有效无效的认定，对于某一法律事实是否能引起民事权利义务的发生、变更、消灭，对于民事责任是否承担以及承担的方式等，只能依民事关系发生时的法律、政策和审判实践经验总结来处理，不能以现时法律的规定去解决当时的纠纷。

（四）在某些情况下，民事法律也可以有一定程度或一定范围内的溯及力。例如，继承法生效以前发生的但是尚未处理的继承问题，就可以依照继承法的规定处理。

五、民法通则对人的效力

民法通则及其他民事法律对人的效力，也就是指这些民事法律对于哪些人具有法律效力。对于这个问题，我国民法通则有明确规定。

民法规范与宪法规范有很大的不同。宪法规定的政治权利只是我国公民才能享有，外国公民显然没有选举权与被选举权 。有些政治权利则要采取对等原则 。但民事权利则不同，这些权利是人们生存延续所必不可少的。所以，民法通则和其他民事法律的规范，不仅对中国公民和中国法人具有法律效力，对于居留在我国境内的外国人、无国籍人和经我国准许设立在我国境内的外国法人，原则上也同样具有法律效力。这就是所谓的“国民待遇原则”，即外国人享有与本国人相等的待遇，这是民事权利中的一般原则。但这里

也有一个例外，这就是“法律另有规定的除外”。有些民事权利只有中国公民和法人才能享有（如土地的承包经营权和使用权等），对外国人和无国籍人就不能适用。有时法律和国际条约、双边协定有关于对等原则的规定，那就可能对非本国人的民事权利作对等的限制。此外，对享有司法豁免权的外国公民，除了他们自愿适用我国民法规范外，民法通则和其他民事法律对他们也没有法律效力。这些都属于一般原则的例外。

第二编　民事主体

第二章　概述

第一节　民事主体的概念

民事主体，又称民事权利主体或民事法律关系主体，是指在民事法律关系中独立享有民事权利或承担民事义务的公民或法人。在具体的民事关系中，民事主体又称当事人。

民事主体的含义：其一，它是指民法所规定的能够享有民事权利和承担民事义务的人；其二，它是指在具体的某个民事活动或民事关系中享有实际权利和承担实际义务的人。第一种含义是指什么人、什么组织可以作为民事主体，这是一种资格，这种民事主体的资格是由法律统一规定的。在我国，公民和法人具有民事主体资格，因此民法上的人不同于生理学意义上的人，它既包括自然人，也包括法人。任何公民都能成为民事主体，都具有民事主体资格。比如，每个公民都可以成为买卖关系的买者或卖者，都可以成为遗产的继承人，享有继承权。第二种含义是指在某个具体民事关系中谁是权利人，谁是义务人，这是一种具体的法律地位，而不是一种抽象的资格。处理民事纠纷时，必须要弄清这种法律关系中的主

体。例如，在审理继承案件时，首先要弄清谁是法定继承人，谁享有继承权，也就是要确定谁是权利主体。在处理合同纠纷时，首先要确定谁是合同的当事人，即合同的双方是谁。

民事主体的资格问题是由法律统一规定的，这就是民法中的民事主体制度。民事主体制度在民法中有十分重要的地位，古代罗马法中的人格制度，就是民事主体制度。民事主体制度在近代、现代各国民法中都有完备的规定，并与所有权、债权等构成了民法的几大基本制度。我国民法通则对民事主体亦作了明确的规定。民事主体制度之所以成为民法基本制度，从根本上说，是由于民事主体作为“商品监护人”，在商品经济中的重要地位决定的。如前所述，民法是调整商品交换关系的，而商品交换必须靠人或组织去进行，正如马克思所说：“商品是物不是人，不能自己走到市场上去交换，就必须找它的监护人。”这里的商品监护人就是我们所说的商品所有者、经营者或管理者。既然商品交换必须由交换者去进行，那么使交换者的活动符合经济运行的客观法则，把他们的行为纳入法律的轨道，就是法律调整经济生活的重要途径，由此，产生了民法中的民事主体制度。

第二节　民事主体的特点

一、主体资格的平等性

民法的最突出特点就是平等，而平等主要指的就是民事主体法律资格的平等。作为民事主体，无论是公民，还是法人，是机关法人，还是企业法人，是城市企业法人，还是乡镇企业法人都一律平等，没有上下长幼之分，没有高低贵贱

之别，也没有主管单位与下级单位的关系。部长、局长、处长、职员等行政级别在民事活动中是没有意义的。当然，这种平等，并不排斥公民和法人由于其本身的性质而产生的在具体权利范围上的差异。如公民可以有继承权，而团体、组织则没有。

二、主体资格的广泛性

在各种法律关系中，民事主体的范围是最为广泛的，任何公民包括婴儿都是民事主体，各种社会组织，包括企业、事业单位、机关、团体中的绝大多数（具有法人地位的）也都是民事主体，甚至国家在某些情况下也可以作为民事主体。民事主体之所以具有如此的广泛性，是因为民事活动是最普遍的经济活动。对公民个人来说，其衣、食、住、行都离不开此种经济活动，同时任何独立的社会组织也不可能不进行民事活动。对于国家机关来说，至少其办公楼舍的建造，办公用品的购置，工作人员的住、行等必须以民事主体的身份通过民事活动的方式进行。与此不同，其他法律关系的主体一般都不及民事主体如此广泛，如行政关系的主体一方必须是国家各级政权机关；刑事法律关系主要是犯罪者、被害人与国家司法机关的关系；婚姻关系的主体则只能是公民，而不能是组织。

第三节　民事主体的类型

民事主体，按照民法通则的规定，可分为两种：

（一）公民。即通常所说的自然人，它是民事主体中数量最多、活动内容最为广泛的一种主体。

（二）法人。即通常所说的各种社会组织、企业、事业

单位、机关、团体等。法人的数量虽少于公民，但其经济活动数额巨大，在经济生活中居于重要的地位。

在民事活动和经济活动中，民事主体常以其特殊形式出现，这里要详细说明的是民事主体的特殊形式问题。

一、公民和法人的特殊形式

法定的独立民事主体就是公民和法人两种，但是，由于经济关系的复杂性，公民和法人进行民事活动的形式是多种多样的。由此产生了公民和法人这两种民事主体的特殊形式。在这些形式中，有的是采取单一体的形式，如一人从事工商经营；有的则是采取共同体的形式，这种共同体有的以家庭为单位，如家庭成员共同经营的个体工商户、农村承包经营户以及家庭成员间的合伙；有的则是由不同数量的普通成员组成，如个人合伙、法人间合伙型和协作型联营组织等。这些特殊的主体形式在民法通则中都分别作了专门规定。

在上述主体的特殊形式中，各种共同体与法人最为类似。法人本身也是一种共同体，它与其他共同体的最根本区别就在于它具有法人地位，而其他共同体，包括合伙则不具有法人地位。因此可以称法人以外的其他共同体为"非法人团体"。非法人团体的特点可以归为以下几个方面：

（一）由二人以上所组成。其组成成员既可以是出资者，如合伙的成员，也可以是劳动者或工作人员。既可以是作为社员的成员，如各种协会、学会的会员，也可以是一般工作人员。

（二）有自己的名称，组织机构和场所。非法人团体以自己的名义进行活动，如个体工商户和个人合伙都可以有自己的字号。企业集团也有自己的名称。同时，要使团体表现出整体一致的行为，必须有一定的组织机构进行组织管理，

并代表该团体进行活动。

（三）不具有法人地位。具体表现在它没有自己独立所有或经营管理的财产，对外不独立承担民事责任，其行为的法律后果由成员或其他个人、组织承担，如合伙的债务由其成员承担。

在非法人团体中，法律意义最为突出的是合伙，从实际生活看，各种合伙组织已成为经济生活中的一种重要力量，但是，对合伙的法律地位问题，在民法通则制定前以及制定后都有一些不同的意见和主张。传统民法强调合伙的契约性，忽视其团体性，因而往往只把它作为一种契约加以规定。近代许多国家立法承认合伙本身的独立地位，有的国家如法国等规定，合伙只要经登记即可享有法人资格。有的国家如美国，把合伙作为一种特殊的组织加以规定。在我国也有一种意见，主张合伙企业既不同于自然人，也不同于法人，而是一种独立的民事主体——第三主体，应给予它一个明确的法律地位，而不应受传统的二分法的限制。这样有助于加强对合伙组织的管理，加速民事流转，简化民事法律关系，有利于保护合伙人的合法权益。也有些人则持相反意见。

二、特殊民事主体——国家。

除公民和法人外，国家在一定情况下也可以成为民事主体。它是一种特殊的民事主体。

国家具有双重身份或双重的法律地位。一方面，它是主权者，是国家一切权力的体现者，是国际法的主体，这与公民和法人是完全不同的。另一方面，它又是民事权利的主体，在某些情况下，国家也要参与民事活动，作为民事关系的主体出现。例如，国家是国家财产的所有人；可以是公民遗产的受遗赠人；可以是公民财产的受让人，公民可以把自

己的财产，如名画、珍贵文物等卖给国家；国家也可以是专利权或发明权人；国家在发行国库券时，又是债务人；在对外经济关系中，国家又可以是债权人或债务人等。

国家作为民事主体的特殊性在于：

（一）国家在一般情况下并不直接参与民事活动，而是通过国家机关、事业单位和国营企业等法人组织来参加。国家只在特殊情况下才以自己的名义直接参加民事活动。

（二）国家参与民事活动时虽然也承担义务，但对其财产不能采取扣押等强制措施。这里说的国家财产指国家“自身”的财产，即国库财产，而不包括全民所有制企业的财产。

第四节　民事权利能力

民事权利能力是法律赋予民事主体享有民事权利，承担民事义务的资格。民事权利能力既是一种资格，因而它与民事主体的概念是一致的，民事主体必须具有民事权利能力，而具有民事权利能力的必然是民事主体。

理解民事权利能力应注意的是它与民事权利的区别。

首先，民事权利能力是一种资格，而民事权利则是一种具体的权利，前者是后者的前提，是一种可能性，而后者则是一种现实性。任何民事主体都具有民事权利能力，但却不一定享有民事权利，要享有民事权利，还必须发生一定的法律事实（主要是进行一定的民事活动）。比如每个公民都有出租或承租房屋的权利能力，但是否取得了出租或承租房屋的具体权利，则要看双方当事人是否订有房屋租赁合同，如没有此合同，一方就不能强迫另一方出租或承租。又如每个公民

都有继承的权利能力，但某一公民只有在其被继承人死亡并且留有遗产的情况下，才能享有实际的继承权。如果该公民没有任何亲属，或其亲属死亡后未留有任何遗产，则该公民的继承权利可能永远不能变为实际的继承权。

其次，民事权利能力作为一种法定资格，既不能转让，也不能放弃，但民事权利则可以转让和放弃。比如企业法人有取得专利权、商标权的民事权利能力，这种资格是不能转让和放弃的，但它可以有偿或无偿地将自己的专利权或商标权转让给人，也可以放弃这种民事权利。

再次，民事权利能力不仅指享有民事权利的资格，而且也包括承担民事义务的能力。民事权利和民事义务是密切联系的，享有权利的资格与承担义务的资格是不可分割的两个方面。

民事权利能力规定的重要意义在于确定民事主体所享有的民事权利的范围或者说从事民事活动的范围。学习和研究民事权利能力的意义在于从立法上科学地规定民事主体的权利能力范围，在司法实践中注意审查民事主体的活动是否超出了其权利能力范围，民事主体本身则应自觉地根据法定的权利能力范围进行民事活动。比如国家不允许公民买卖黄金和武器，即指公民不享有这种权利能力。而超越权利能力范围进行的民事活动不具有法律效力。法人的经营范围也就是其权利能力范围，超越经营范围的活动也是无效的。民事权利能力的法律规定是与国家的政治、经济发展密切联系着的，随着经济体制改革的深入发展，权利能力的范围也在不断地变化。民事立法应根据经济改革的需要及时地调整关于权利能力的法律规定，不能限制过严，也不能不加限制。民事主体可以根据权利能力规定的变化扩大或改变自己的活动内

容。比如以往不允许公民个人拥有汽车、拖拉机，机床等生产资料，现在允许了。过去不允许搞长途贩运、个体经商、个体行医、个体种植、养殖，现在也允许了。这些都是公民权利能力范围的变化。

实际上，管不是在立法文件还是日常活动中，往往很少使用“权利能力”这一概念，更多的是使用“权”、“权利”的概念，这里的“权”和“权利”大都是指权利能力。比如法律中规定“有权……”、“可以……”、“无权……”、“不得……”或“禁止……、”都是指具有或不具有权利能力。民法通则规定“公民依法享有财产继承权”，“公民、法人享有著作权（版权），依法有署名、发表、出版、获得报酬等权利”。这里的财产继承权、著作权也是一种权利能力。

第五节　民事行为能力

民事行为能力是民事主体以自己的行为参加民事法律关系，从而取得民事权利、承担民事义务的资格。

广义的民事行为能力不仅包括民事主体实施合法行为取得民事权利、承担民事义务的能力，也包括民事主体实施违法行为而承担民事责任的能力。因此，民事行为能力的内容包括三个方面：

（一）民事主体能够以自己的行为进行民事活动，从而取得民事权利和承担民事义务的能力。如订立货物买卖合同，取得货物所有权，同时承担支付货款的义务。

（二）独立地行使民事权利和履行民事义务的能力。如通过出售房屋行使对房屋的所有权，即处分权。

（三）侵犯他人权利和不履行自己的义务时承担民事责任的能力。如违反合同规定，给对方造成损失时承担赔偿责任。

民事权利能力和民事行为能力不同。虽然二者都是一种资格，但权利能力仅指享有权利、承担义务的资格，这种权利的享有和义务的承受可以通过自己的行为实现，也可以通过他人的行为实现。而行为能力则指民事主体通过自己的行为去取得民事权利，承担民事义务的资格，其核心是“通过自己的行为”。没有权利能力，就不会有行为能力，而有权利能力，也不一定就有行为能力。权利能力是每个民事主体所具有的，但并非所有民事主体都具有行为能力。例如公民有权购买住宅，这是民事权利能力，但并非每个公民都可以通过自己的行为去购买住宅，如未成年人就不行，而必须通过其父母代为进行，因为他没有行为能力。同时，权利能力与行为能力也有着密切联系。行为能力是实现权利能力的条件，有行为能力的公民可以不依赖他人实现自己的权利能力，无行为能力的公民则只能依靠他人实现其权利能力。

民事行为能力制度的重要意义在于维护当事人、包括无行为能力者本人和对方的利益，保证社会交易的安全和经济秩序的稳定。为此，民法通则规定了监护制度和代理制度，以帮助无行为能力人实现其民事权利能力。民法通则还规定了无民事能力人所实施的民事行为无效。

第三章　公　民

第一节　公民的概念

公民是指具有一个国家国籍的自然人。

理解公民这一概念，首先需要弄清什么是自然人。

所谓自然人，是指按自然规律出生并存在，能够享有民事权利和承担民事义务的人。通常所说的人都是自然人。与自然人相对应的人是法人，法人虽然是由自然人组成，但它是一种社会组织或团体，它之所以成为人，是由于法律的拟制或法律将其人格化。

公民与自然人是什么关系呢？首先，自然人的含义更为广泛，它包括公民，也包括没有该国国籍的外国人和无国籍人。公民只是自然人中的一种。当然是主要的一种。其次，在民法上，公民作为民事主体，一般称为自然人，即自然人是指民法上的与法人相对应的概念，而公民则是适用于一切法律部门的一般概念。公民既是民事主体，也是宪法、行政法、劳动法、财政法的主体。民法通则之所以同时使用了公民和自然人两个概念，是因为我国长期以来习惯于使用公民的概念，而对自然人这个概念则比较陌生。同时，随着对外开放的发展，外国人、无国籍人在我国的民事活动也日益增多，这些活动也必须适用我国民法的规定，比如涉外财产继承问题、涉外婚姻家庭关系以及外国人在华进行买卖、租赁、运送等民事活动都必须按我国民法的规定进行。因此，民法通则同时使用了公民和自然人这两个概念，并在第八条规定："本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外"。

理解公民的概念，应注意它与成年人概念的区别。实践中，常有人认为只有年满18周岁才能成为我国公民，其实这是把公民的概念和成年人的概念相混淆。公民并没有年龄的要求，宪法第三十三规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民”。

“公民”与“人民”也是两个不同的概念。在我国，“人民”是个政治概念，而“公民”是一个法律概念，其中也包括被剥夺了政治权利，但却仍享有民事权利能力的人。对于反革命分子或其他严重刑事犯罪分子，可以依法剥夺其政治权利，但其民事权利能力并没有被剥夺，他们仍然是公民，仍享有个人财产所有权、财产继承权、婚姻自主权等。他们可以结婚、离婚、继承财产，其生命健康权，姓名权亦受法律保护。

另外还有一个概念，就是国民。解放初期我国曾使用这个概念，世界其他一些国家也有许多使用国民概念。这个概念与公民的含义是完全相同的。我国1954年宪法，开始改称国民为公民。

第二节　公民的法律地位

公民的法律地位可以从以下几个方面来理解：

（一）公民是民事活动的基本主体。民事主体主要是两种，其中基本的主体是公民。人类历史上最早出现的民事主体是公民或自然人，后来才出现法人。民事主体理论主要来源于自然人的理论。目前，虽然法人已成为经济活动的主要力量，但公民在民事活动中仍居于重要地位。其民事活动的范围也不再局限于满足日常生活需要，而日益扩大到经济生活的各个领域，包括制造、加工、流通、服务、咨询等行业。

（二）公民的民事主体地位并非生而有之，而是法律所赋予。在奴隶社会，奴隶虽是生物学上的人，但由于法律不赋予其民事主体地位，他也就不是法律上的自然人或公民，而只能是法律关系的客体，即有生命的物品。甚至近代的奴隶贸易也是以奴隶作为买卖的对象。同时，国家的历史类型不同，其公民的法律地位亦不相同。在奴隶社会，存在贵族（奴隶主）和平民的等级差别，在封建社会，地主与农民、贵族与平民之间的等级差别也是十分严格的。身份、职业、性别等也都直接影响公民的法律地位。

（三）我国公民的法律地位一律平等。即公民的权利能力的大小与他们的性别、年龄、民族、种族、出身、职业、宗教信仰、财产状况、教育状况、身体状况、自由状况、婚姻状况等无关。如妇女的权利能力不能因其出嫁而受限制或歧视。

第三节　公民民事权利能力的开始和终止

民法通则第九条规定："公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。"

一、公民民事权利能力的开始

公民的民事权利能力始于出生。公民的民事权利能力是公民生存和进行民事活动的基础，是日常生活的法律保障。公民出生后，要生存下去，就要同社会上其他人发生民事法律关系，因而必须具有权利能力。例如基于子女的出生而发生父母子女之间的亲属关系，从而未成年人有要求父母抚养的权利。父母和子女有相互继承遗产的权利。由此可见，公民的权利能力与其年龄无关。一个婴儿可能继承一笔巨额的遗产，一个几岁的儿童可能因其出版诗文、发表画作、进行发

明创造而获得著作权、发明权等。

当然权利能力与年龄无关，仅指在一般民事关系方面，而在其他的某些权利能力上，则与年龄有关，这些权利能力称之为公民的特殊权利能力。如结婚的权利能力和劳动的权利能力，男22岁，女20岁才达到结婚年龄。才有结婚的权利；公民一般要满16周岁才有完全的劳动权。这种特殊权利能力的限制是基于某些民事活动对人的身体条件的特殊要求，有时也是为了保护公民的利益，如劳动权的限制（禁止使用童工）就具有保护儿童健康的意义。

对权利能力的开始，要注意两个问题：

（一）关于公民的出生。所谓出生，是指胎儿完全脱离母体，独立存在，而且能独立呼吸。在确定公民出生时间问题上，世界各国的民事立法和学者意见不尽一致。我国民法通则对此未作具体的规定，一般认为按医学标准“婴儿活着出生”为准。实践中，一般以医院出具的的出生证明为依据，没有医院开具的证明的，可参照有关部门开具的证明认定。

根据我国1958年公布的户口登记条例的规定，婴儿出生后，应申请出生登记（第七条）。如果在申请出生登记前死亡，应当同时申报出生、死亡两次登记（第九条）。这说明只要胎儿完全脱离母体后，能独立呼吸，即认定为出生。此后死亡即应进行死亡登记。这是因为人一出生，就成为民事关系主体，具有民事权利能力，哪怕活的时间很短，只活几小时或几天，也可能会对民事关系产生重大影响，特别是在财产继承问题上，出生后短暂生存与死亡有很大不同。例如一个父亲已死的遗腹子，如果生下来就是死婴，则对其父亲的遗产没有继承权，其父亲遗产都由其他继承人继承。如果生下来是活的而后死亡，则享有继承权，他应继承的遗产份

额由其母亲继承，而其他人则无权继承。

（二）关于胎儿利益的保护。未出生的胎儿不是民事主体，没有民事权利能力，但是某些情况下，也会涉及到民事权利问题。例如在财产继承中，胎儿对其死去的父亲的遗产是否有继承权，是立法和司法实践需要解决的问题。为了保障胎儿出生后生活的需要，各国民事立法对胎儿利益一般都给予特殊保护。我国继承法第二十八条规定："遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额按法定继承办理。"

二、公民民事权利能力的终止

公民的民事权利能力终于死亡。死亡是权利能力终止的唯一原因。公民死亡后，其权利能力及实际权利都终止，但法律对死者的一些人身权利，如姓名权、名誉权等仍加以保护。如作者的署名权，作者死后，也不能随意更换作者的名字；公民死亡后，也不允许对其进行无端诽谤和污辱。基于这种情况，有人认为公民的某些权利能力并不终于死亡。也有人认为此时法律保护的不是死者的权利，而是正常的社会秩序和文化遗产。

公民的死亡与我们日常生活中所说的死亡含义有所不同，它包括自然死亡和宣告死亡两种：

（一）自然死亡，也称生理死亡。但何谓生理死亡，意见也不尽一致。有人主张以停止呼吸为准；有人主张以呼吸和心脏跳动均告停止为准，因为有的人呼吸停止一段时间后又恢复；医学界则主张以脑死亡为标准，主张必须对心跳、呼吸及脑的功能做全面检查，在确定"脑死亡"后才诊断为死亡。

司法实践对死亡的认定是以医学上公认的死亡时间为准。目前，一般以呼吸和心跳均告停止为准，在特殊情况下

则以脑死亡为准。在医院死亡的，以医院证明书为准。死亡时间与民事法律关系的确定有直接关系的，须经医学鉴定。

确定死亡时间具有重要的法律意义。因为公民死亡其权利能力终止，从而会产生一系列民事法律后果。而死亡时间的迟早，在法律上的后果可能就大不相同。例如在财产继承问题上，几个相互有继承关系的人在同一事件中死亡，其死亡时间的先后将直接影响其财产的继承关系。如无法确定死亡先后的，则首先推定没有继承人的人先死亡。如果都有继承人，则推定长辈先亡，如果辈份相同，则推定同时死亡，彼此不发生继承关系。

（二）宣告死亡。它是公民失踪达到一定期限时，人民法院根据利害关系人的申请，依法宣告该公民死亡的一种民事法律制度。宣告死亡与自然死亡的区别在于，它是一种法律的推定，而不一定是客观事实，被宣告死亡者可能真的死亡了，也可能没有死亡。

宣告死亡的法律后果与自然死亡相同，法院宣告的死亡日期即为该公民的死亡日期。但如果被宣告者重新出现，则应撤销死亡宣告，并对法律关系作相应的处理。（参见本章第九节）

第四节　公民民事权利能力的限制和剥夺

抽象地说，民事权利能力作为一个整体为一切公民所具有。具体地说，民事权利能力又分为许多的方面或内容，因而民事权利能力又有一定的范围。法律赋予公民的民事权利能力既是十分广泛的，又不是无边无际的。为了维护全体公民的利益和社会利益，法律对公民民事权利能力规定有某些限

制，这种限制有一些适用于一切公民，如任何个人都不能拥有矿藏、水流、土地、森林、山岭、草原等国家或集体专有的财产，任何个人不能拥有和经营铁路、公路、航空、电力、煤气、军事等设施和业务。公民个人不得买卖黄金、白银、外币、武器、剧毒品等。有些限制则只适用于某些公民，如非农村集体经济组织的成员不能享有农村土地承包经营权，党政干部不得经商、办企业等。同时，对权利能力的限制，有些是法律所作的、原则性的限制，如上所述；有些则表现为具体的规定、规则。如被继承人有以遗嘱处分其财产的权利能力，但遗嘱应当对缺乏劳动能力又没有生活来源的继承人保留必要的遗产份额，否则遗嘱无效或部分无效。这就属于在具体民事活动中对公民权利能力的限制。

在某些情况下，公民已享有的民事权利能力也可以被剥夺。这里所说的剥夺并非全部剥夺，而只是剥夺其中的某些部分或某种民事权利能力，比如我国继承法第七条规定，继承人故意杀害被继承人、虐待或遗弃被继承人情节严重的，其继承权丧失。监护人如谋夺被监护人的财产，也可能丧失担任监护人的资格。在这些情况下，公民对于该被继承人遗产的继承权利能力和担任监护人的权利能力即被剥夺。当然，这种剥夺，实际上只是缩小了公民权利能力的范围，因此也可以看作是限制公民权利能力的一种特殊方式。

第五节　公民民事行为能力的取得

公民的民事行为能力是公民通过自己的行为或其他法律事实取得民事权利和承担民事义务的资格。公民具有民事权利能力，但不一定都具有民事行为能力。由于公民自身智力和

精神状况的限制，有的不具有辨认自己行为的能力，无法亲自进行民事活动，否则既可能损害自己的利益，也可能危及他人和社会的利益。

取得民事行为能力的条件是什么呢？根据民法通则的规定，就是行为人要有辨认自己行为的能力，从而能独立处理自己的事务和控制自己的行为，这里所谓的辨认能力，包括认识能力和判断能力，也有的统称为意思能力。所谓认识能力是指一个人能认识到自己行为的性质，所谓判断能力是指行为人能够认识到自己行为的后果。须指出的是，行为能力中的以“自己的行为”，系指在行为人主观意志支配下的活动，至于在行动上是否能身体力行却无关紧要，如聋哑人、瘫痪病人虽不能亲自进行民事活动，但具有辨认能力或意思能力，因而也就有行为能力。相反，精神病人虽能亲自进行某些活动，如到商店买东西，但并没有认识到自己行为的性质，因而不具有行为能力。

那么如何确定公民是否具有辨认能力呢？其标准主要有两个：

第一，年龄。即按照人的生理、心理的发育程度来确定，满18岁的人便认为在智力发育上已经成熟，具有正常的认识能力和判断能力。当然这方面各国规定不一，也有的规定结婚即成年。还有的规定，虽未成年，但父母同意其进行某些民事活动，那么在这些方面即具有行为能力。

第二，精神是否正常。有些人即使达到成年年龄，但由于智力很低，精神不正常，仍没有正常的认识能力，也就不具有民事行为能力。这主要是指精神病人，其中包括患有痴呆症的人以及因年老或患有重病而神志不清的人。当然，精神病的情况也是多种多样的，其丧失理智的程度也不相同，

在确定其有无行为能力时，应根据其具体情况。

第六节　公民民事行为能力的分类

依照上述标准，即按公民发育的不同年龄阶段和理智是否正常，公民的民事行为能力又可分为：

一、完全民事行为能力

完全民事行为能力，又称有行为能力。指达到一定年龄的公民，能够以自己的行为独立进行民事活动，并独立承担全部民事法律责任。

成年人在法律上具有完全民事行为能力。对成年年龄，我国民法通则规定为18周岁，这与宪法中公民政治权利如选举权等的规定相一致，同时也与刑法的刑事责任年龄相吻合。

16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动作为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。这里的以自己的劳动作为主要生活来源是指能以自己的劳动取得的固定的或连续的、稳定的收入，并能维持当地群众的一般生活水平。公民已能完全参加社会劳动，说明智力已基本成熟，并且需要亲自进行许多民事行为，因而法律上推定其具有民事行为能力。他可以领取营业执照，进行个体经营，可以独立处分其工资，可以作代理，人也可以立遗嘱。同时，如果在其活动中产生了民事责任，也只能由其本人承担，这里的"视为"是指这种公民本来不是完全民事行为能力人，但却按完全民事行为能力人对待，而同时这种特殊对待又是以某种条件作为前提的，如果这某种条件不存在了，该公民也就不再是完全民事行为能力人。

二、限制民事行为能力

限制民事行为能力，又称为不完全行为能力。指达到一

定年龄但未达到法定年龄的公民，或达到法定年龄，但不能完全辨认自己行为的精神病人，可以独立实施与其年龄、智力相当的民事活动。这里所谓的限制，是指他既不是完全有民事行为能力，也不是完全没有，而是在一定范围内有民事行为能力。这种范围可以从标的的数额，行为与本人生活相关联的程度以及其智力能否理解其行为、并预见一定范围的后果等方面来规定。一般来说是限于日常生活中的小额的、简单的法律行为，其他活动应由其法定代理人代理或征得法定代理人同意。另外，虽无行为能力，如果实施了某些活动，可经其法定代理人追认而生效，如未被追认则无效。限制民事行为能力人有以下两种：

（一）10周岁以上的未成年人。他们虽有一定的认识能力，但智力发育不够成熟，又缺乏社会生活经验，因此规定为限制行为能力人。他们可以进行与其智力相适应的民事活动，如日常生活所必需的行为，购买学习用品、小食品、演出票、车票等以及纯获利益而不负义务的行为，如接受赠与、奖励、报酬、赔偿费，取得荣誉权、发明权等。

（二）不能完全辨认自己行为的精神病人，包括精神病患者和痴呆人。精神病患者由于大脑的神经功能失调，其感觉、知觉、记忆、思维、情感等精神活动失常，行为也就失常。由于患病程度的不同，有的完全不能辨认自己的行为，有的具有一定的辨认能力。对后一种人法律规定其为限制行为能力人。在其能够辨认自己行为的范围内时，具有行为能力，否则即不具有行为能力。例如一个慢性妄想型精神病患者，发病时无端怀疑其夫有外遇，对其不忠诚，当时恰好其妹来此对其进行了较长时间的细心照料，患者对此十分感激，便写好一份遗嘱，把5000元银行存款写明死后由其妹继承，这

份遗嘱是否有效取决于患者是否具有行为能力。从本例看，该患者处于病中，但并非完全不能辨认自己的行为，同时又不是完全能够辨认自己的行为。因此遗嘱应该部分有效。间隙性精神病人属于限制民事行为能力人，在其发病期间无行为能力或只有限制行为能力，而在其不发病期间则有完全行为能力。不能完全辨认自己行为的精神病人，其利害关系人可以向人民法院申请宣告其为限制行为能力人。人民法院查清事实后，应作出此项宣告，并为其设置监护人。精神病人精神恢复正常，能辨认自己的行为时，经本人或利害关系人申请，人民法院可宣告其为完全行为能力人，并撤销监护。

三、无民事行为能力

无民事行为能力指公民不具有以自己的行为取得民事权利、承担民事义务的资格。无民事行为能力人有两大类：

（一）不满10周岁的未成年人。这部分人由于年龄很小，不能辨认自己行为的法律性质，从保护其利益出发，法律不赋予其行为能力。至于无民事行为能力人年龄的确定，世界各国立法并不一致，有定为6岁、7岁等，在我国也有人主张按医学上的未成人标准定为12岁，还有人主张与义务教育法规定的入学年龄相一致定为6岁。民法通则确定为10岁，这样既符合我国少年儿童进行民事活动的实际状况，又考虑了与其他国家和地区的协调。当然，规定10岁以下为无民事行为能力，并不是说10岁以下的儿童就不能进行任何民事活动，甚至买书本、铅笔、冰糕都不行。这里的行为能力，是指进行具有一定民事意义和较大经济利益的行为。另外，无民事行为能力人接受奖励、赠与、报酬、赔偿费、或者进行其他对本人有利而不损害他人权益的行为，也应予以保护。

（二）不能辨认自己行为的精神病人。外国法中也有的

称为“禁治产人”。这部分人丧失了认识和判断能力，不能独立处理自己的事务，为维护其利益和社会秩序，法律规定他们为无民事行为能力人。

对于这类人,人民法院可宣告其为无行为能力人。具体法律程序在我国的民事诉讼法第一百三十六至第一百四十条作了明文规定,其中包括由利害关系人向人民法院提出申请,人民法院应对该公民的精神状态组织鉴定或对鉴定进行审查。宣告该公民无行为能力时应为其指定监护人，待该公民精神恢复正常后，亦应由人民法院宣告其为完全行为能力人。

无行为能力人的民事活动亦由其监护人或法定代理人进行。

第七节　公民的户籍和住所

户籍管理是我国社会管理的一大特色。根据我国1958年发布的户口登记条例的规定，凡是中华人民共和国公民都要履行户口登记。户口登记的事项主要是公民的姓名、民族、性别、住所、出生日期、婚姻状况等。公民的户籍与公民的民事活动有重要关系，它直接影响到公民权利能力和行为能力的确定。公民的姓名权、住所、权利能力的开始和终止，行为能力的取得、结婚、离婚、收养、亲属关系等，都要依据户籍的记载确定。

公民的住所是依法确定的公民长久居住的场所。依据民法通则第十五条的规定，公民的住所为其户籍所在地的居住地，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。

公民的住所与居所不同。居所是公民居住的场所，这种居所可以有一个，也可以有多个，而作为住所的，只是户籍

所在地的居住地或居所。一般来说，公民经常在其户籍所在地居住，但有些情况下则相反，如从事地质勘探、工程建筑的公民，定期支援边疆、在外经商的公民等，其经常居住地往往不在户籍所在地，因此民法通则规定这种情况下，公民的经常居住地视为住所。

确定公民的住所在宣告公民失踪和死亡、确定债务履行地、确定诉讼管辖权、确定涉外民事关系的法律适用，以及确定法律文书的送达等方面都需要确定公民的住所等方面具有重要的法律意义。如我国民事诉讼法（试行）第二十条规定："民事诉讼由被告所在地人民法院管辖；被告的户籍所在地与居住地不一致的，由居住地人民法院管辖"。这里的居所地即指住所地。又如民法通则第一百四十六条规定："侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。"

第八节　监　护

一、监护的概念和意义

监护是指监护人对无行为能力或限制行为能力人的人身、财产和其他合法权益的监督和保护。

监护制度的规定是为了实现和保护无民事行为能力人和限制行为能力人的合法权益，维护社会正常经济秩序。无行为能力人虽无行为能力，但仍有权利能力，仍需进行民事活动，其利益亦需法律保护。同时，如果任其活动，他人的合法权益也不易得到保障。

二、监护人的设立

（一）设立监护人的方式。监护人可通过不同的方式设立：

1.法定监护。即由法律直接规定具有一定身份的人作为监护人。法定监护人原则上应是被监护人的近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。他们之间有较亲密的感情和共同生活的经历，由其担任监护人，能妥善保护被监护人的利益。

2.自愿监护。指法定监护人之外的关系密切的其他亲属和朋友愿意承担监护责任，经有关单位同意可成为监护人。

3.指定监护。指当对担任监护人有争议时，由有关主管部门在被监护人的近亲属中指定。对指定不服的，可以向人民法院起诉，由人民法院裁决。指定监护人的范围应限于近亲属。

4.单位监护。指在没有以上三种监护人的情况下，由有关单位担任监护人。

（二）未成年人的监护人

未成年人的监护人是其父母。父母不能作为监护人时(已死亡或无监护能力)，由有监护能力的祖父母、外祖父母、兄、姐担任。关系密切的其他亲属、朋友愿意担任监护人的，经未成年人父母所在单位或未成年人住所的居民委员会、村民委员会同意下可以作为监护人。被监护人有识别能力的，应征求其意见。同时，监护人可以是一人，也可以是多人。

对上述三类人，民法通则虽未直接明确其顺序，但适用中可以作为设立顺序，以防止实践中出现推诿现象。但这种顺序不能理解为排除性顺序，不能理解为任何情况下，有前

一顺序，则后一顺序就不能担任监护人，而应考虑监护人的能力（是否有行为能力、身体健康状况，经济条件等）和是否有利于被监护人的利益。在这一点上，它不象继承法的法定顺序那样严格。为防止同一顺序的人因人数较多而发生争议，民法通则规定以指定监护作为补充，即对担任监护人有争议的，由未成年人的父母所在单位或者未成年人住所地的居民委员会、村民委员会在近亲属中指定。如果没有前面所列三类人，则由有关单位担任监护人，即由未成年人的父母所在单位或未成年人住所地的居民委员会、村民委员会或民政部门担任监护人。这方面没有顺序规定，应按有利于被监护人的原则，协商解决。

（三）精神病人的监护人

这里的精神病人包括无行为能力和限制行为能力的精神病人。

精神病人的监护人是其配偶、父母、成年子女和其他近亲属，关系密切的其他亲属、朋友愿意担任监护人的，经病人所在单位或住所地的居委会、村委会同意，也可担任监护人。对此发生的顺序和争议问题与未成年人的规定基本相同。

三、监护人的职责

（一）监督教育被监护人，照顾其生活；

（二）管理被监护人的财产，维护其合法权益；

（三）代其进行民事活动，取得权利，设定义务；

（四）对被监护人的不法行为给他人造成的损失承担民事责任，如监护人尽了监护责任的，可以适当减轻其民事责任。赔偿时，应先用被监护人的财产赔偿，不足时，再用监护人的财产赔偿。监护人依法监护的权利受法律保护，任何人不得干涉、侵犯。监护人应自觉履行监护职责，不履行职

责或侵害被监护人合法权益的，应当承担责任。给被监护人造成财产损失的，应当赔偿损失。

四、监护人的撤换和监护的终止

（一）监护人的撤换。为了维护被监护人的权益，可将监护人撤换。撤换监护的原因主要有两个：

1.监护人自身丧失民事行为能力；

2.监护人不能认真履行职责或滥用监护权，根据有关人员或有关单位的申请，由人民法院予以撤换。

（二）监护的终止。设立监护的原因消失后，监护即应自动终止，取消监护。监护中止的原因是：

1.未成年人已成年；

2.无民事行为能力或限制民事行为能力的精神病人恢复健康，由人民法院宣告其为完全行为能力人。

第九节　宣告失踪和宣告死亡

一、宣告失踪和宣告死亡制度的意义

宣告失踪和宣告死亡是民法通则为保护下落不明的公民和有关利害关系人，的权益维护社会秩序稳定而设立的一种法律制度。实际生活中，由于各种原因，如战争、自然灾害或人为的原因，难免会出现人的失踪，即公民长时间离开自己的住所或居住地，没有任何消息而处于生死不明的状态。这将使失踪人在家庭和社会生活中已经形成的财产关系和人身关系长期处于不确定状态，一方面影响失踪人自身的某些利益，另一方面也涉及到其配偶、子女、父母等与其有民事关系的人的利益。如：失踪人所有的财产由谁管理，失踪人的债权债务关系怎样处理，靠失踪人抚养的人生活如何维持，如

该公民已婚，其配偶能否再婚等。为解决这个问题，法律规定了宣告失踪制度。但宣告失踪，也只能解决财产的代管问题和稳定一部分财产关系，持续下去，仍不能根本消除这种财产关系和人身关系的不稳定状态。因此法律又进一步规定了死亡宣告制度。

二、宣告失踪

（一）宣告失踪的概念。宣告失踪，是公民离开自己的住所而下落不明达一定期限时，经利害关系人申请，人民法院宣告其为失踪人，因而暂停其民事主体资格，并对其财产实行代管的民事法律制度。

（二）宣告失踪的条件

1.该公民下落不明。所谓下落不明就是指公民离开自己的住所而毫无音讯，其生死存亡无人所知。

2.下落不明已满2年 。下落不明的起算时间如何确定，可分为几种情况：

战争期间下落不明的，从战争结束之日起计算；

因意外事件而下落不明的，从意外事件发生之日起计算。

3.必须由利害关系人向人民法院提出申请。这里的利害关系人包括失踪人的配偶、父母、成年子女、祖父母、外祖父母、成年外孙子女、成年兄妹、及其他与失踪人有民事权利义务关系的人。上述利害关系人的排列可视为申请的顺序，即前一顺序利害关系人未提出申请，后一顺序一般不能申请。

（三）宣告失踪的程序：由人民法院按特别程序进行审理，即参照“宣告失踪人死亡”的民事诉讼程序审理。

（四）宣告失踪的法律后果。它包括两方面：

1.自宣告之日起，暂停其民事主体资格，他人不能再以其名义进行积极的民事活动。

2.对失踪人的财产实行代管。首先确定代管人，由其配偶、父母、成年子女或关系密切的其它亲属、朋友代管，对代管有争议的，没有上述人或上述人无力代管的，由人民法院指定代管。其次，由代管人用失踪人的财产支付失踪人的有关费用，即所欠税款、债务或其他费用。其他费用主要指失踪人应付的赡养费、扶养费、抚育费和因代理财产所必需的管理费和劳务费等。另外，失踪人的到期债权，代管人亦应负责收取。注意这里的代管与保管不同，它有两方面的内容，保管只是其中的一个方面。

（五）失踪宣告的撤销。宣告失踪是对失踪人失踪事实的确认，如果失踪人重新出现，或有人知其下落时，则失踪这个事实就不存在了。在此情况，经本人或者利害关系人申请，人民法院应撤销对他的失踪宣告。代管人应将其财产交还该公民。

三、宣告死亡

（一）宣告死亡的概念。宣告死亡是指公民下落不明达到法定期限时，人民法院根据利害关系人的申请，依法判决推定该公民死亡，因而结束其民事主体资格的民事法律制度。

宣告死亡制度与宣告失踪制度相比，具有更为重要的法律意义。宣告失踪是暂停失踪人的民事主体资格，目的是代管其财产和保护利害关系人的利益；宣告死亡则是彻底终止其民事主体资格，并了结其一切民事关系，包括处分其财产等。

（二）宣告死亡的条件

1.下落不明达到法定期间。根据不同情况，民法通则规定了不同的期间：

在一般情况下，下落不明满4年，这可称为普通期间；

因意外事故下落不明，从事故发生之日起满2年，这可称为特别期间。

因战争而下落不明的，适用普通期间，即4年，并从战争结束之日起计算。

所以规定特别期间，是根据意外事故的特殊性，它通常容易引起人们重视，寻找和救护也比较及时，生死存亡容易断明，因此期间应短些。

2.须有利害关系人提出申请。公民下落不明虽达到一定期间以上，如果没有利害关系人提出申请，人民法院也不能主动作出死亡宣告，这方面完全取决于当事人的意愿。

（三）宣告死亡的程序。人民法院依特别程序——宣告失踪人死亡的程序进行审理。这方面，民事诉讼法（试行）有专门规定。人民法院受理后，应发出寻找失踪人公告，公告期间为1年。公告期间仍无消息，即可作出死亡判决，其判决宣告的死亡之日期即为该公民死亡的日期。

（四）宣告死亡的法律后果。宣告死亡是从法律上消灭失踪人人格的法律手段，它能引起与自然死亡基本相同的法律后果。这种后果包括：

1.在人身关系方面，被宣告死亡公民与其配偶的婚姻关系消灭；

2.在财产关系方面，被宣告死亡公民的继承人可开始继承其遗产，开始继承程序。

宣告死亡虽能产生上述法律后果，但它毕竟是一种法律上的推定，与人的自然死亡有所不同，它所终止的只是该公民

原住所地的各种民事关系。但如果该公民并未死亡，那么其在他处进行的民事活动仍为有效。民法通则第二十四条规定："有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。"

（五）死亡宣告的撤销及其法律后果。宣告死亡后，如果被宣告死亡人重新出现或有人确知其没有死亡的时候，经本人或利害关系人的申请，人民法院应撤销对他的死亡宣告，其民事主体资格即行恢复。撤销死亡宣告的法律后果同样涉及到人身关系和财产关系两个方面：

1.在人身关系方面，即在婚姻家庭关系方面，如原配偶尚未结婚，应自撤销死亡宣告之日起恢复婚姻关系；如已另行结婚，能否恢复原婚姻关系，视当事人意愿，并应按法定离婚和结婚程序处理，但一般是保护后一个婚姻；子女已被收养的，不得单方解除。

2.在财产关系方面，民法通则第二十五条规定："被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。依照继承法取得他的财产的公民或者组织，应当返还原物；原物不存在的，给予适当补偿。"

第十节 个体工商户、农村承包经营户

一、个体工商户的概念、法律特征及法律地位

民法通则第二十六条规定："公民在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的，为个体工商户"。个体工商户的法律特征可归结为以下几个方面：

（一）由公民组成。个体工商户的成员只能是公民，包括城市居民和农村居民，而不能是法人，其经营资金由公民的财产

组成，其经营活动亦由公民亲自进行。

（二）以户为单位。这里的户是指参加经营的家庭成员组成的单位，因此它与通常所指的家庭既有联系又有区别。户可以由一人组成，也可以由数人组成，由数人组成时，其成员限于家庭的范围内，否则即为个人合伙。由此可见，家庭的范围可以等于、也可以大于户的范围，某些家庭成员可以不是工商户的成员，而一个家庭也可能组成二个以上的工商户。

（三）从事工商业经营。首先，这里的工商业不是仅指工业和商业，而是指各种营利性经济活动，包括工业、商业、服务业等行业。营利性的文化教育、信息传播、咨询服务以及各种技术培训等业务，亦按工商业活动对待。如个人收费举办美术、服装裁剪培训班，开设信息服务站等。其次，这种工商业活动应具有营业性的特点，即比较长期、稳定地从事确定的某种业务活动，偶尔进行的营利性活动不能算是经营。

（四）经核准登记而成立。个体户的法律资格由法律赋予，公民非经核准登记而进行工商业活动，不仅不能成为个体户，反而构成非法经营，无照摊贩的经营即是其中最普遍的一种。

按照《城市个体工商户管理暂行条例》的规定，可以作为个体户的是有经营能力的城镇待业人员、农村村民以及国家政策允许的其他人员。党政机关工作人员则不具备这种资格。申请从事个体经营的个人和家庭，应持所在地户籍证明及其他有关证明，向所在地工商行政管理机关申请登记，经核准领取营业执照后方可营业。国家规定经营者需具备特定条件或者需经行业主管部门批准的，应在申请登记时提交有关批准文件。个体工商户应登记的主要事项是：字号名称、

经营者姓名和住所、从业人数、资金数额、组成形式、经营范围、经营方式、经营场所。上述登记事项变更时，应向原登记机关办理变更登记手续。

根据上述特征，可将个体工商户与个人合伙、个人租赁、承包企业区别开来。个人合伙也是由公民组成，但人数须有2人以上，并且个人合伙的成员一般都是非家庭成员。此外，在经营规模、债务承担、盈余分配等方面个人合伙也都不同于个体工商户。个人租赁、承包企业虽然也表现为公民个人的经营活动或管理活动，但企业本身非属个人所有，而是集体所有或全民所有，其经营目的也并非完全为个人营利，而主要是为了提高企业的经营效益。此外，在经营权限、经营人员的组成、盈余分配、风险承担等各方面也都与个体工商户不同。

个体工商户是我国个体经济的法律表现，是法律赋予公民进行工商业经营活动的主体形式。

个体经济是我国国营经济和集体经济的必要补充。从事个体经营的公民是自食其力的独立劳动者。在我国生产力尚不发达的状况下，发展城乡个体经济，对于发展生产、繁荣经济、活跃市场、方便人民生活、扩大劳动就业等具有重要意义。

为了促进和保证个体经济的健康发展，国务院先后发布了《关于城镇非农业个体经济若干政策性规定》（1981年7月7日）、《关于城镇非农业个体经济若干政策性规定的补充规定》《关于农村个体工商业的若干规定》等文件。为了使城乡个体工商户的管理进一步系统化、完备化和法律化，国务院于1987年又发布了《城乡个体工商户管理暂行条例》。民法通则关于个体工商户的规定，则是从民事关系上，确立了个体工商户的主体地位或资格，使其成为公民进

行民事活动的一种特殊法律形式。

二、农村承包经营户的概念、法律特征及法律地位

民法通则第二十七条规定："农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的，为农村承包经营户。"农村承包经营户的法律特征可以归结为以下几方面：

（一）由农村集体经济组织的成员组成。城市集体经济组织和农村非集体经济组织的成员，均不能作为农村承包经营户。并且，非本集体组织的成员，一般情况下也不能作为该集体组织的承包经营户。总之，农村承包经营户仅限于农村，这一点与个体工商户不同。

（二）以户为单位。这一特征与个体工商户基本相同。实践中，由于农村经营的规模和内容需要，更多的是采取家庭成员共同承包的形式。

（三）从事商品经营。农村承包经营户与以前一家一户的自然经济的重要区别之一就是劳动的目的不仅仅是为了满足自身生活的消费要求，而且更主要的是向社会提供各种农副产品，这种生产活动不再是简单的劳作，而是商品生产和经营，包括产品的生产和出售、购买各种生产资料等活动。当然实践中，也有部分农户商品率很低，或者其主要活动是从事其他生产经营，承包的目的主要是服务于自身需要，这种情况亦可作为承包经营户对待。

（四）以承包合同为依据。承包经营根据承包合同而产生，这种合同由农村集体经济组织与其成员协商订立，双方的权利义务由合同予以明确规定。合同一般应采取书面形式。合同一经生效，合同一方即取得承包经营户的法律地位。因此承包经营户与个体工商户不同，无须经有关部门核

准登记。

（五）以土地等主要生产资料作为承包的客体或主要经营条件。主要生产资料除土地外，还包括森林、山岭、草原、滩涂、水面等。这些生产资料是农村生产经营的基本物质条件，因而也是农村承包的主要对象。虽然也在农村，但如果承包的不是上述生产资料，而是汽车、拖拉机、工厂、商店、饭馆、旅店等其他生产资料或乡镇企业，则不属于农村承包经营户。

农村承包经营户是农村经济体制改革的产物，是家庭承包责任制的法律形式。

70年代末，农村开始了意义深远的经济改革，实行了多种形式的生产责任制，家庭承包经营是其中的最普遍的一种形式，在我国的1亿8千万农户中，农村承包经营户已达98％以上。这种承包经营是在不改变土地等主要生产资料集体所有的前提下，将其交由农村集体组织成员自主经营管理，实行责、权、利的一致，从而极大地调动调动了广大农民的积极性和创造性，有力地促进了生产力的发展。

为了推动、指导农村承包责任制的发展，维护承包经营户的合法权益，中共中央、国务院在近几年来的一系列政策文件中，对承包经营户问题作出专门的规定。近几年来颁布的有关单行法，如《土地管理法》、《森林法》、《渔业法》、《草原法》等也都涉及到承包经营方面的法律问题。民法通则关于承包经营户的规定，正是上述法律、政策在民法中的具体化，是从民事主体资格、民事权利和民事义务角度对其进行的法律调整，它使承包经营户与个体工商户一样，成为公民从事民事活动的一种特殊法律形式，其合法权益受到了民法的严格保护。

三、个体工商户、农村承包经营户的权利

个体工商户、农村承包经营户（以下统称“两户”），既由民法通则予以规定而取得法律地位，享有相应的权利，因而也负有相应的义务。“两户”都是由公民组成的一种特殊主体形式，因而对其成员来说，他们都具有双重身份，一方面他们是普通公民，享有一切公民所享有的权利；另一方面，他们又是“两户”的成员，共同或独立地以“户”的名义享有“户”所特有的权利。由于成员与“户”之间的密切联系（尤其是由一名成员组成的“户”），往往把他们视为一体，实际上“两户”具有自己的特殊法律地位的。“两户”享有以下特别权利和义务。

（一）个体工商户对其投入经营的财产享有所有权。个体工商户是利用个人财产进行商品经营的劳动者，取得个体工商户资格后，财产所有关系并不改变，仍享有对财产的独立占有、使用、收益和处分的权利。个体工商户拥有的财产除普通生活资料外，也包括牲畜、加工机械设备、机动车船等法律允许的生产资料。法律禁止任何侵犯个体工商户财产所有权的行为，禁止任何组织和个人勒索、侵占、哄抢、破坏或非法查封、扣押、冻结、没收其财产。不许任何部门和单位向个体工商户乱收费用，强行摊派。

（二）个体工商户享有个体经营权。个体经营权是指在核准的经营范围内有权自主经营，经营工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业及其他行业，也可以营利性地进行文化教育、体育娱乐、信息传播、科技交流、咨询服务以及各种技术培训等业务。在经营方式上，可以自产自销、来料加工、经销代销、坐店经营、出摊设点、流动服务、本地经营、外地经营以及与其他个体工商

户组成社会组织联合经营等。在经营人数和规模上，可以个人经营，也可以家庭经营，还可以请帮手带学徒经营。按《城乡个体工商户管理暂行条例》规定："可以请一、二个帮但手；有技术的个体户可以带三、五个学徒。"对于雇工人数达几十人甚至近百人等超过规定雇工人数的私人企业，目前工商部门按照"允许存在、加强管理、兴利抑弊、逐步引导"的方针，暂发临时营业执照，参照个体工商户进行管理。请帮手、带学徒应当签订书面合同，约定双方的权利义务，规定劳动报酬、劳动保护、福利待遇、合同期限等事项。从事关系到人身健康、生命安全等行业的个体工商户，必须为其帮手、学徒向保险公司投保。对于个体工商户的经营，任何单位和个人不得随意干涉。个体工商户营业执照是国家授权工商行政营理机关核发的合法凭证，除工商行政管理机关依照法定程序可以扣缴或者吊销外，任何单位和个人不得扣缴或者吊销。

（三）个体工商户享有与经营权有关的其他权利。这些权利是个体工商户正常经营的必要条件，其中主要有：场地使用权——个体工商户所需生产经营场地，当地人民政府应当纳入城乡建设规划，统筹安排。经批准使用的经营场地，任何单位和个人不得随意处分；得到物资供应权——个体工商户生产经营所需原材料、燃料及货源，需要由国营批发单位供应的，供应单位应当合理安排，不得歧视；银行开户、贷款权——个体工商户可以凭营业执照在银行或其他金融机构按有关规定，开立帐户，申请贷款。此外，按有关规定，个体工商户在商品销售、服务方面享有较大的自主权，从事某些社会急需而紧缺的修理、加工、饮食和服务等经营以及经营确有困难、盈利微薄的个体工商户有权申请和得到税收

方面的适当减免。

（四）个体工商户享有字号权、名誉权、荣誉权、商标权。个体工商户可以起字号，一经工商行政管理部门登记，即取得字号专有权，即名称权，任何单位和个人不得冒用或盗用其字号，在一定地域范围内也不得重复命名。字号可以改变，名称权也可以依法转让，但应向原登记的工商行政管理机关办理变更登记。个体工商户享有名誉权，禁止任何人以侮辱、诽谤方式损害其名誉。个体工商户也享有荣誉权，如“文明商店”、“信得过货摊”等，这种荣誉不得非法剥夺，也不得肆意诋毁。个体工商户对自己生产的产品可以依法定程序取得商标权，有权转让，并禁止他人假冒。

（五）农村承包经营户享有承包经营权。承包经营户占有、使用的是农村集体经济组织的财产，这些财产的所有权归农村集体组织享有，承包经营户享有的是经营权。它是基于承包合同而产生的对集体财产占有、使用和收益的权利，在某些情况下，也包括一定范围内的处分权。承包经营权的具体内容很广，其中主要是：生产经营计划权——承包户对经营计划有自主决定的权利，种什么，种多少，怎么种，都由承包户决定；劳力安排支配权——承包户有权根据经营计划配置劳动力，安排劳动时间和生产进度，他人无权干涉，也无权随意抽调劳动力；雇工权——承包户可以根据生产经营需要，临时或长期地雇请他人帮助其完成承包任务，雇工与否，雇工多少，雇工时间长短，雇谁不雇谁，统由承包户依法自行决定；产品收益，分配权——承包户对自己的产品或收益，有权依法进行分配，他人不得哄抢、平调；联合经营权——承包户可根据自己的需要与其它个人或组织进行生产经营的联合，包括个人合伙形式的联合，也包括协作

型的联合，但联合与否，与谁联合，如何联合只能由其自己决定，集体经济组织或他人不得强迫其联合或妨碍其联合；土地转包权——对承包的土地，承包户可以在征得集体经济组织同意的情况下，向第三者转包。

当然，不同的农村承包经营户，其经营权也不相同，有耕地承包经营权，荒地、荒山、荒坡、荒沟、荒水（“五荒”）开发承包经营权，果园、牲畜等专项承包经营权，它们都各有自己的特殊内容。

除经营权本身以外，承包经营户也享有与其经营权有关的其他一些补充权利，如承包贷款权，某些情况下继承人的继续承包权等。

四、个体工商户、农村承包经营户的义务

（一）遵守国家政策法律，自觉维护市场秩序，遵守职业道德、从事正当经营。不得从事下列活动：投机诈骗，走私贩私；欺行霸市，哄抬物价；强买强卖；偷工减料，以次充好，短尺少秤，掺杂使假；出售不符合卫生标准的、有害人身健康的食品；生产或销售毒品、假商品、冒牌商品；出售反动、荒诞、诲淫诲盗的书刊、画片、音像制品；法律和政策不允许的其他生产经营活动，如破坏国家收购计划、破坏国家矿产资源、买卖票证等活动。

（二）履行承包合同义务。这是对承包经营户而言的。这种义务包括按承包合同规定的方式、用途、时间、占有和使用所承包的耕地、荒地、荒山等。对公有土地，不得买卖、出租或毁坏。盖房、修坟应按集体组织的批准地点、面积进行；要维护集体的牲畜、果园、农机具、水利设施等财产，不得进行掠夺式经营或私分变卖；应按合同规定按质、按量、按时向集体交纳承包的收入，完成向国家交售产品的任务。

（三）按税务机关的规定办理税务登记，建立帐簿和申报纳税，不得偷税、漏税、抗税。个体工商户自领取营业执照之日起30日内，持有关证件向当地税务机关办理税务登记。当前国家对个体工商户征收的税种主要有营业税、产品税、增值税、资源税、城市维护建设税和所得税。税务机关有权对个体工商户的生产经营情况进行检查，个体工商户有义务据实报告，并提供帐册、凭证和有关资料。逾期不纳税的，除限期追缴外，应加收滞纳金。偷税、漏税、抗税的，除限期追缴外，可酌情予以罚款，情节严重的，应追究刑事责任。农村承包经营户的纳税义务与个体工商户基本一致，只是其纳税项目和税率有所不同。

（四）自觉接受国家行政管理和监督。为了保证个体经济的健康发展，国家除颁布法规外、也通过工商行政管理、农业、商业、供销、粮食、物价、税务、银行、交通、卫生、城建、环保等部门对个体工商户和农村承包经营户进行管理和监督。《城乡个体工商户管理暂行条例》对个体工商户违反该条例，未经申请登记而无照经营、擅自改变登记事项，未按规定办理验照手续，歇业时不办理歇业登记，未按规定缴纳登记费和管理费以及从事不正当经营等，规定可以由工商行政部门给以警告、罚款、没收非法所得、责令停止营业、扣缴或吊销营业执照等处罚。触犯刑律的，依法追究刑事责任。

五、个体工商户、农村承包经营户的财产责任

“两户”必须承担经营过程中产生的民事责任，个体工商户缴销、被收缴或者吊销营业执照时，应当向债权人清偿债务。对于“两户”承担财产责任的范围，民法通则第二十九条规定：“个体工商户、农村承包经营户的债务，个人

经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。”由此，“两户”的财产责任包括以下几个方面：

（一）“两户”的成员对“两户”的债务应承担无限责任。即两户成员清偿债务时，不应以投入经营的财产为限，而应以其所有的全部财产为限负责。例如某甲开办一个商店，有资产2万元，此外，他还拥有住房、家具、家用电器等生活用品，价值1万元。如果商店经营不善而倒闭，债务超过2万元，某甲除用商店的2万元资产清偿外，还须用其另1万元的财产清偿债务。“两户”成员之所以承担无限责任，是因为“两户”都不是法人，户并不独立承担民事责任，只有其成员才是承担民事责任的主体，“两户”的责任就是其成员的责任。同时，“两户”独立经营，自负盈亏，盈利全部归其成员享有，因而责任也应由其成员全部承担。

（二）个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。也就是谁参加经营，就以谁的财产承担责任。因此，确定“两户”的财产责任，首先应分清是个人经营还是家庭经营。所谓个人经营是指只有一名或几名家庭成员参加经营活动，其他家庭成员不参加。所谓家庭经营、是指所有家庭成员全部参加。这里的“参加经营”主要是指参入投资和参与利益的分配，因此，既包括亲自进行经营活动，以劳动力“参与经营”，也包括不直接进行经营活动，而以资金、物品等“参加经营”。如果个体工商户营业执照由一人领取，但由家庭成员共同经营，可认定为家庭经营。如果个体工商户和承包经营户是以个人名义进行登记和承包的，但是用家庭财产投资，收益供家庭成员使用的，也应视为家庭经营。如某一家庭共有3名成员，其中2人开饭馆，另1人在企业工作，后者虽没有直接参加饭馆的劳动，但如

果用于饭馆营业的财产属于3人共有,盈利在3人中分配或由3人共有,则这种经营亦属家庭经营。另外,夫妻关系存续期间,一方从事个体工商户或农村承包经营户经营，其收入为夫妻共同财产的，亦属家庭经营。

对于“两户”的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担。这里的个人财产，包括个人独立所有的财产，也包括家庭共有财产中属于他的那部分财产。这里的家庭财产，包括家庭成员的共有财产，也包括各个家庭成员的个人财产。实际生活中，一些个体户和承包户亏损倒闭时逃债赖帐，把家庭经营说成是个人经营，把个人财产说成是其他家庭成员的财产，把在家庭共有财产中占有的较大比例的财产说成是较小的比例，从而缩小自己清偿责任的范围，这种情况处理时应予以充分注意。“两户”的财产责任一经确定,必须清偿,暂时无力清偿的，经债权人同意或人民法院裁决，可以分期偿还；有能力清偿而拒不清偿的，应强制执行；逃避资金、隐匿财产的，应依法追究法律责任。当然，“两户”的债务如以家庭共同财产承担责任时，应当保留家庭成员特别是未成年人和无生活来源的人的必要的生活费用和生产工具。

第十一节　个人合伙

一、个人合伙的概念和特征

民法通则第三十条规定：“个人合伙是指两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等，合伙经营，共同劳动。”由此可见，个人合伙有以下法律特征：

（一）合伙成员只能是公民，其人数不能少于2人，同

时，这里的公民也只能是具有完全民事行为能力的人。法人不能成为个人合伙的成员。

（二）合伙的成立以其成员的协议，即合伙合同为基础。合伙协议或合同是合伙人为共同经济目的而订立的规定合伙人出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项的书面协议。合伙与合伙合同是两个不同的概念，合伙合同是合伙成立的基础或前提，合伙既可以形成一个企业，也可以不形成企业，即所谓简易合伙，如共同作一笔生意，共同修建一个水库，就不形成一个企业。

（三）合伙成员共同出资。即按合伙协议各自提供资金、实物、技术等。此项投入的财产归各个合伙人所有，但由合伙人统一管理和使用。而合伙经营积累的财产则归全体合伙人共有，合伙企业本身没有自己的财产，这一点与公司不同。公司的财产虽由股东出资构成，但其所有权归公司，而不是归股东，股东只享有股东权。

（四）合伙人共同经营，共同劳动。这里的共同经营，包括共同管理合伙事务，共享经营利益，共担经营风险。在合伙企业中，每个合伙人都有权参加管理，重大事项要经全体合伙人同意。合伙人有权按出资比例或协议约定分配经营利润，这也是参加合伙的主要目的。同时，合伙人应共同承担合伙经营所产生的债务和损失，除法律另有规定以外，应承担无限连带责任，即不以其出资额为限，而以其个人所有的全部财产对合伙债务负责。某一合伙人无力清偿其分担的债务，其他合伙人应替其清偿。这里所谓的共同劳动，既包括共同管理，也包括向合伙业务提供劳务性服务。在外国法中，只要求合伙的共同经营，而不要求共同劳动。共同劳动，是我国个人合伙的特色，强调合伙是劳动者之间的联

合，不提倡只出资、不劳动的合伙。对只出资而不参与合伙经营、劳动，但参与合伙盈余分配的，一般也视为合伙。但只出资、收取固定费用而不承担任何风险的，则不视为合伙。

二、合伙的历史发展和社会意义

个人合伙作为一种经营方式，是与商品经济关系同步发展的。人类最初的商品生产者是单独的个人，即所谓“独资经营”，这种经营方式的优点是决策权集体中于个人，不受外在干扰，经营者独享全部利益。其缺点是资金来源仅限于个人财产，经营风险个人承担，无力经营大规模的商品交易。

随着生产力的发展，商业活动的增多，经营规模的扩大，产生了合伙形式，它使单个商品生产者在一定程度上联合起来，集中了资金、人力和技艺，扩大了生产经营规模，也分散了经营风险，增强了商品经营者的竞争能力。

早在古罗马时期，罗马法就对合伙有比较详尽的规定，并把合伙分为同业合伙、商业合伙、单项合伙、纳税合伙、共有合伙等类型。到中世纪，地中海沿岸的商业城市出现了称为“康孟达”的有限合伙。后来合伙组织进一步发展，产生了以股份有限公司和有限公司为代表的现代法人制度。法人制度产生后，合伙并没有随法人的兴盛而走向衰落，而是继续存在，至今仍是相当普遍的一种企业形式。这一方面是由于经营者经营实力和企业规模的不同需要多种企业形式的并存，不可能也不必要一律采取公司形式，另一方面，合伙又有其固有的、公司所不具有的优越性，包括成员关系密切，组织简便，信用性强等。因此，在现代资本主义各国，它也仍起着重要作用。如美国，1963年有92万个开业合伙，占私人企业总数的8%。在我国解放初期，有130多万家工商企业，除万余家公司和一些独资企业外，都是合伙企

业。新中国成立后，个人合伙经营曾一度消失。党的十一届三中全会以来，允许公民拥有生产资料和从事各种生产经营活动，合伙经营便应运而生。目前，个人合伙数量众多，已成为个体经济中的重要力量。那些以“联合体”、“合作经营组织”、“社员联营企业”、“联户经营组织”相称的组织许多都是合伙。据前几年的统计，在全国26万多户“合作经营组织”中，实际上属于个人合伙的组织约占80—90%，另有一部分属个体工商户，个别的属集体所有制企业。

三、个人合伙的成立

合伙协议是合伙成立的基础，因此成立合伙，首先应依照民法通则第三十一条的规定，由合伙人对合伙事项订立书面协议，这种协议一经达成，即具有法律约束力，合伙人不得随意违背，否则应承担违约责任，包括给其他合伙人造成损失的赔偿责任。

合伙协议的条款可以分为法定条款和任意条款两种，法定条款由民法通则明确规定，必须在协议中订明，其中包括出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止。任意条款由合伙人自由决定，只要与法律不相违背的，都可以载于协议中，而一经记载，即具有法律效力。

订立合伙协议，应采取书面形式。以前由于没有法律的明文规定，协议的形式不统一，有的合伙人比较慎重，不仅采取了书面形式，而且还作了公证。但有许多则是“口头协议”，“君子协定”，因而常发生争议，有的则不欢而散，甚至闹出人命。目前纠纷特别多的是因承包而发生的承包合伙人之间的纠纷，合伙人往往在分配上互相争执，在损失份担上互相推诿。因此，合伙协议必须采取书面形式，以明确各方的权利义务和责任，也便于有关机关对其进行管理和监督。

核准登记是个人合伙成立的必要法律程序。合伙协议达后成，合伙人应持协议文本和其它有关证明或文书，向当地工商行政管理部门申请开业，经工商行政管理机关核准登记，发给营业执照，合伙便正式成立。不经核准登记，不得以个人合伙的名义进行经营活动，否则即构成违法。

四、个人合伙的权利能力

个人合伙，虽然不是独立的民事主体，而只是公民进行民事活动的一种特殊法律形式，但它作为一种经营团体，仍是企业的一种，它可以以自己的名义、而不都是以合伙人个人的名义对外进行活动，它的经营活动也不表现为合伙成员的个别行为，而表现为全体成员的整体性活动，因此，合伙本身仍具有一定的权利能力和行为能力。

（一）个人合伙可以享有字号权。与个体工商户一样，个人合伙也可以起字号。这种字号一经核准登记，个人合伙即取得名称权，他人不得冒用或重复使用。

（二）个人合伙有权在经营范围内从事经营活动。经营范围是由工商行政管理机关根据当事人的申请和合伙人的职业、技术、财产等情况而核准登记的，在此范围内，合伙有权独立经营，他人无权随意干涉和侵犯。同时个人合伙也享有个体工商户所享有的其他与经营权相关的权利，如贷款权、获得物资供应权等。

（三）个人合伙也负有一定的义务。首先，它必须在经营范围内进行活动，否则即构成非法经营。根据业务情况需要变更经营项目时，必须依法向工商行政管理机关办理变更登记。其次，个人合伙必须依法向国家和有关部门纳税和交纳规定的费用，但有权抵制乱摊派、乱收费的行为。

（四）个人合伙的合法权益受到侵犯时，它有权以自己

的名义向有关机关提出控告，也有权向人民法院提起诉讼。同时，对于他人提起的诉讼，合伙也有权依法应诉。

五、个人合伙的财产

合伙财产是指用于合伙经营和由合伙组织占有的财产。它是合伙组织赖以经营的物质条件，任何合伙组织都必须有一定的财产，其数额多少法律不作限制规定，但应与其经营性质和规模相适应。

（一）合伙财产的来源：

1.共同出资，即合伙人投入的财产。合伙成立之后，各合伙人即应按协议规定缴纳自己的出资。这里的"资"，不仅包括现金、实物财产，也包括劳务、信用和技术等，如维修技术、烹饪技艺、管理和业务活动能力，只要能够用于合伙经营的东西都可以作为合伙人的出资。这种出资，构成合伙最初的财产，通常也是合伙的主要财产。但需要指出，并非所有的出资都属于合伙财产，其中以信用、技术等无形财产的出资，不应作为合伙的财产数额计算，合伙财产应是可转让的。

2.共同经营积累的财产。合伙经营一个时期后，如果取得了盈利，按协议的约定可以留出一定比例作为合伙的积累资金，这部分资金也构成合伙财产的一部分，它既可以用于合伙的扩大经营，也可以作为机动资金使用。

（二）合伙财产的所有权关系：合伙财产归全体合伙人共有，即所有权归全体合伙人，而不是归合伙本身，也不是归某个合伙人。

民法通则第三十二条规定："合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用。合伙经营积累的财产，归合伙人共有。"这里虽然只规定经营积累的财产归合伙人共有，但合伙人投入的财产一般也属于合伙人共有。这是因为出资本身

一般都是转让或限制所有权的行为，财产一经移交于合伙，出资人即不能对该项具体财产行使所有权，而只能对一定比例或数额的合伙财产享有所有权。例如，3人合建一家商店，分别以水泥、木材、钢材等出资，商店建成后即属于3人共有，每人都不能直接享有对水泥、木材、钢材的所有权，而只是拥有财产总额中的一定比例。对合伙人投入的财产的共有与对经营积累的财产的共有的不同在于，前者属于按份共有，后者在分割此项积累财产之前，并未确定每个合伙人所占的份额，而是在分割时才确定。

（三）合伙财产的管理和使用：不论合伙财产的所有权归谁，其管理和使用权都归合伙组织享有，“由合伙人统一管理和使用”。非依法律和约定，个人不得擅自抽回其财产，转让出资额时，亦需经全体合伙人同意，并且在同样条件下其他合伙人有优先受让权。

六、合伙人的权利义务（责任）

合伙成立后，即在合伙人之间形成权利义务关系。

合伙人享有的权利主要是：

（一）合伙事务的管理权。民法通则第三十四条规定：“个人合伙的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行和监督的权利。”共同经营管理是合伙的重要特征，每个合伙人所享有的管理权原则上是平等的，不受出资数额的影响。合伙的重大事务须由全体合伙人共同决定，日常事务则可以由全体合伙人共同执行，也可以由其中一个或数人执行。

由于客观情况的限制，并非每个合伙人都适于对外代表合伙开展业务活动，同时，如果每个合伙人都对外代表合伙，也可能会形成群龙无首的混乱状态，使合伙无法作为一个整

体进行活动。因此，实践中，合伙人一般都推举出一个负责人，行使全体合伙人的执行权，全权代表合伙进行活动。这种合伙负责人，不同于法人的法定代表人，但二者有某些类似之处。

在确定有业务执行人或负责人的情况下，其他合伙人的管理权并不丧失，除参与决定合伙重大事务外，他们还有权对合伙事务进行监督和检查，可向执行业务的合伙人或负责人提出质询和建议。

（二）盈利分配权。合伙人对合伙经营所获的盈利有权按协议的规定进行分配。这种分配可以按出资比例或特约的比例，也可以按合伙人数平均分配，还可以根据“按劳取酬”的原则分配，同时也可以综合上述几方面因素进行分配。至于盈余分配时，是否要提留一定比例的公积金和公益金，法律未做规定，应由合伙人根据自己的情况决定，其他组织和个人一般无权干预。

合伙人负有的义务主要是：

（一）按协议规定缴纳出资额。这是合伙人的基本义务。如果未缴纳出资或出资数额不足，其他合伙人有权要求其缴纳或补齐，否则，该合伙人应承担违约责任，如造成了其他合伙人的损失，还应负责赔偿。

（二）对合伙债务承担清偿责任。民法通则第三十五条规定：“合伙的债务，由合伙人按出资比例或者协议的约定，以各自的财产承担清偿责任。合伙人对合伙的财产承担连带责任，法律另有规定的除外。偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。”由此可见：

1、在合伙内部，合伙人对合伙债务分担责任。即按

出资比例或协议的特定分担，依此约定每个合伙人应承担的债务数额。

2.每个合伙人都应对合伙的债务负无限责任。即每个合伙人应以自己的全部财产为限对自己分担的合伙债务负责，而不能只以其出资额为限，这一点与个体工商户和承包经营户的财产责任相同。

3.在合伙人相互之间或对外，合伙人承担的是连带责任。即在清偿债务时，每个合伙人都有义务清偿全部合伙债务，合伙的债权人可以向一个或几个合伙人同时或先后提出履行要求。某一合伙人无力清偿债务，其他合伙人应替其清偿，而一个合伙人履行了债务，即免除了其他合伙人的债务，同时在合伙人之间形成新的债权债务关系，偿还合伙债务超过自己应当承担数额的合伙人，有权向其他合伙人追偿。这就是所谓由对外连带之债转为内部按份之债。

七、入伙、退伙、出资转让和合伙的终止

（一）入伙

入伙就是合伙成立后、解散前，其他人中途加入合伙。

合伙具有很强的人身信赖性，新的合伙人的加入又会引起合伙人之间出资比例、盈余分配、债务分担等事项的变更，实际上等于重新订立合伙协议，因此入伙一般应经全体合伙人一致同意，否则应认定入伙无效。他人入伙后，对在此之前的合伙债务亦应与其他合伙人一起承担连带责任。

（二）退伙

退伙就是合伙成立后、解散前，合伙人中途退出合伙，收回出资。

退伙可以分为法定退伙和任意退伙。法定退伙指基于法定原因而退伙，它无须经其他合伙人同意。这种法定原因包

括：合伙人死亡、失踪、无行为能力或限制行为能力等。任意退伙指根据合伙人的单方意愿而退伙。这种退伙的条件，一般由合伙人通过协议约定。一般来说，在订有合伙期限时，合伙人不得退伙，否则应向其他合伙人承担违约责任。如确有理由需要退伙，也需经全体合伙人一致同意。

退伙时，应移交退伙人办理的合伙事务。退还退伙人的出资份额、分割合伙积累财产中退伙人的应有份额。退伙后，退伙人丧失合伙人资格，但对退伙前未了结的合伙业务所产生的债务仍须负责，同时对未了结的合伙业务所产生的盈利也有分享的权利。例如，5人合伙经营一家果品购销站，其中1人中途退伙，收回了其出资。当时购销站订立的许多果品购销合同尚未履行，后来因市场变化、价格下跌等因素使该站遭受重大损失，被迫解散，合伙财产本身已不足抵债。此时，除现有的4个合伙人要对此负责外，已退伙的合伙人也应对此债务负责。规定这种退伙后的责任，其目的之一也是为了防止合伙人利用退伙逃避责任。

（三）出资的转让

出资的转让就是在合伙存续期间，合伙人将自己的出资的全部或一部分转让给他人，使他人成为合伙人。出资转让的结果并不增加或减少合伙人出资的数额，而只是引起合伙人的变动。全部转让出资时，转让人将退出合伙，受让人将加入合伙。部分转让出资时，转让人仍为合伙人，受让人也加入合伙。

合伙人转让出资，将引起他人的入伙，因而应按一般入伙的规定处理，即必须经全体合伙人一致同意，同时，在同等条件下，其他合伙人有优先受让权。

（四）合伙的终止

合伙的终止是指合伙人之间的合伙关系结束，合伙组织解散。

引起合伙终止的原因主要是：

1.规定的合伙期限届满；

2.合伙的目的已经完成或已经不可能完成；

3.全体合伙人一致同意解散；

4.因违法活动被有关机关勒令解散或人民法院判决解散。如因非法经营被工商管理机关吊销营业执照，因无力清偿债务被人民法院判决解散。

合伙终止，应进行清算，其清算组织、内容和要求可参照法人清算的规定执行。对合伙财产的处理发生争议时，有书面协议的，按协议处理，没有书面协议的，应考虑主要出资人的意见酌情处理，但不得损害其他合伙人的利益。凡经过工商行政管理部门依法核准登记的合伙，其终止应按工商行政管理部门的有关规定办理手续。

第四章　法　　人

第一节　法人概述

法人一词，以往在我国很少使用。1981年12月公布的《中华人民共和国经济合同法》第一次在法律条文中使用法人一词，此后许多单行法规也开始使用法人概念。在实际生活中，也经常地用法人概念来说明某个组织的法律地位。民法通则反映了经济生活的实际要求，第一次在基本法中确立了我国的法人制度，并对它作了全面、系统、完备的规定。

一、法人的概念和特征

民法通则第三十六条规定："法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。"

从这一定义中可以归结出法人具有以下两个法律特征：

（一）法人是一种社会组织。这一特征使法人区别于公民或自然人。虽然法人是由自然人组成，其成员可以是出资者，如公司的股东、合作社的社员，也可以是劳动者或工作人员，如国营企业、集体企业的职工，国家机关的工作人员。但法人并不等同于法人的成员，在法律上它们是各自独立的。法人的财产不等于其成员的财产，法人的活动也不等于其成员的活动。法人个别成员的变动，如公司股东、合作社社员的加入或退出，法人负责人和工作人员的调进、调出等，都不影响法人组织本身的存在。同时，作为一种社会组织，法人不是个人间随意的集合，而是有机的结合，它有自己的组织机构，包括管理机构和业务活动机构，如工厂的厂长和科室、公司的股东会、董事会等。从而能够产生统一的法人意志，使法人作为一个整体进行活动。

（二）法人是一种独立的民事主体，具有民事权利能力和民事行为能力。法人是一种社会组织，但并非所有的社会组织都是法人，只有具有独立民事主体地位的组织才是法人。如合伙也是一种社会组织，但不是法人。法人是与公民并列的一种民事主体，具有独立的法律人格，这种人格是由法律赋予的。其所以如此，是因为它也能够象自然人一样，具有民事权利能力和民事行为能力。具体说来，就是能够独立地享有民事权利和承担民事义务。其中最重要的是它拥有独立的财产，并承担独立的财产责任。法人的独立财产，是

法人赖以进行民事活动的基本物质条件或经营条件。法人的独立财产责任则是其独立承担民事义务的核心内容，也是法人独立人格的突出表现。此外，独立纳税也是法人独立法律地位的一个重要方面，法人是税收法律关系的主体。

二、法人的分类

各种社会组织基于不同的目的、依不同的方式成立，因而具有不同的结构形式和活动内容。这样就决定了法人有不同的类型。资本主义国家将法人作以下几种分类：

（一）公法人与私法人。公法人是指执掌和行使国家权力，包括立法、行政和司法等权力的法人。这主要是指各级国家机关，此外，也包括某些社会团体。公法人的组成和活动，主要由宪法、行政法等公法予以调整。私法人是指不执掌和行使国家权力，而以经营私人事业或公益事业为目的的法人，如公司及文化、宗教团体等。私法人的组成和活动主要由民法等私法予以调整。

（二）社团法人和财团法人。社团法人是由社员集合而组成的法人，其成立基础是人。公司、合作社就是最典型的社团法人。财团法人是由财产集合而组成的法人，其成立的基础是财产。各种通过捐献财产而组成的法人，如基金会就是财团法人。无论是社团法人还是财团法人，都是私法人。

（三）营利法人与公益法人。营利法人是以谋取成员的经济利益为目的而成立的法人。如公司向股东分配股息和红利。公益法人是以社会公共利益为目的而成立的法人。这里的公共利益指不特定的多数人的利益。各种政治、宗教、学术、慈善团体都是这种公益法人。有的法人虽也从事营利性的活动，但其最终目的是为了公益，亦属公益法人。如救济院、养老院为了增加救济基金

而进行营利性投资。社团法人可以是营利法人，如公司，也可以是公益法人，如各种学会、协会团体，而财团法人只能是公益法人。

（四）本国法人和外国法人。所谓本国法人是指依据本国法律设立的法人，外国法人是依外国法律设立，但在本国进行业务活动的法人。例如，依我国法律成立的公司即为中国公司，包括外商独资企业，虽然它的投资者是外国商业组织，但仍是中国法人。如果我国商业组织在日本按日本法规定开办一家公司，则为日本法人。如果一家公司在外国成立，但到中国进行业务活动或者在中国设立分支机构，该公司对中国来说就是外国公司。本国法人与外国法人区别的意义，在于各国对本国法人和外国法人的活动有不同的规定，外国法人一般要得到所在国的认可或批准方能在该国营业，其营业范围亦有所限制。我国的法人分类：

1.企业法人与非企业法人。企业法人是从事经营活动，并以营利为目的的法人。企业法人按其财产所有制的性质可分为全民所有制企业法人、集体所有制企业法人、外商投资企业法人（包括中外合资企业、中外合作企业和外资企业）以及不同所有制或同种所有制企业、事业单位之间组成的混合型企业法人。按组成方式（是否具有联合的性质），又可分为普通企业法人和公司企业法人。此外，企业法人也可按其行业（工业、农业、商业、交通、金融、服务等）、规模（大型、中型、小型）等进行分类。非企业法人则主要是从事非经营活动。并不以营利为目的的法人。它可分为机关法人、事业单位法人和社会团体法人三种。企业法人与非企业法人的法律地位不同，其权利能力差异很大。其中尤其重要的是，非企业法人不得从事与其业务无关的营利性活动。

2.国家法人与集体法人。国家法人是由国家创立、其财产为全民所有的法人。中央和地方的各级国家机关法人，全民所有制的事业单位、社会团体法人、国营和地方国营的企业法人都属国家法人。这些法人根据国家法律和命令，由国家拔款设立，并且除企业法人和部分事业单位法人外，一般都依靠国家预算拨款进行活动。国家本身在参加民事活动时是一种特殊主体。集体法人是由公民个人或者集体组织自愿结合组成的其财产为集体所有的法人。目前，我国城市和农村的各种集体所有制企业法人、城乡合作社法人以及集体所有制的事业单位、民间社会团体法人等都属于集体法人。这种法人由公民或集体组织自愿设立，其财产由社员出资或共同劳动形成并归其成员集体所有，其活动由法人自主管理。

三、法人制度的历史沿革和意义

法人制度是商品经济发展到一定阶段的产物，也是伴随商品经济的发展而不断完善的一种法律制度。法人制度的发展可以分为三个时期：

（一）法人制度的萌芽时期。在古罗马时代，随着生产力的提高和商品生产、交换的发展，出现了各种从事生产经营活动和其他社会活动的组织。为确保这些组织的合法权益，法律便赋予其民事主体资格。因而在古罗马法中，已经有了“团体人格”的概念，规定了罗马公民团体、地方自治团体、寺院等组织享有民事主体资格。但由于罗马简单商品经济的制约以及家族制度和轻商观念的影响，罗马的法人制度还只是雏形、并且始终未形成明确的法人概念和系统的法人制度。

在中世纪的封建社会，自给自足的自然经济和小商品经济占据主导地位，加之封建等级制度、重农抑商等政治经济条件的限制，法人制度不可能得到充分的发展。在这一时期，从

事经济活动的主要是个人出资经营的独资企业和共同出资经营的合伙企业，包括家族经营团体。它们不是独立的法律主体，没有法律意义上的独立人格，其活动是以独资企业主和合伙人个人的资格进行的。其权利义务包括责任的风险亦由个人享有和承担，即独资企业主和合伙人承担无限责任。因而这一时实期际存在的法人，主要是非企业性的国家机关，宗教、寺院等社会团体。

（二）法人制度的产生和发展时期。现代意义上的完整的法人制度是在进入资本主义以后才出现的。随着生产社会化程度的提高，商品经济规模的扩大，客观上要求生产者、经营者进行广泛的联合，要求资本不断的集聚，以开办个别资本所无力开办的企业或事业。而激烈的商业竞争、严重的经营风险也要求资本所有者共同经营、分担风险，并限制其责任范围。这样的历史条件促成了商业性法人组织的形成。

资本主义的法人组织主要是各种商业组织，即公司。公司组织本身经历了由无限公司、两合公司、到股份有限公司、有限公司的发展过程，其中股份有限公司是最典型的法人组织。以股份有限公司为代表的法人组织与资本主义前的商业组织不同，它具有自己的人格，是独立的法律主体，它拥有独立的由股东出资组成的财产。同时除无限公司和两合公司外，都独立承担民事责任，股东对公司债务只以其出资额为限负责，即承担有限责任。这一切正是现代法人组织的基本法律特征。股份有限公司的产生和发展，大大加速了社会资本的集中过程，成为社会积累的新的强有力的杠杆，使资本主义进入了巅峰的发展时期。目前，股份有限公司和有限公司已成为资本主义经济的主要力量，国民经济的许多重要领域和部门大都采取了公司的形式。

与资本主义法人组织的产生和蓬勃发展相适应，资本主义的法人制度也最终确立。1900年的德国民法典第一次对法人制度作了明确、完备的规定。此后，世界绝大多数国家都把法人制度作为一项基本法律制度予以规定。而在没有统一民法典的英美法国家，法人制度则由单行法规予以规定。

（三）我国和其他社会主义国家的法人制度。社会主义国家的法人制度可以认为是法人制度发展的第三个时期。由于社会政治经济制度的不同，以苏联为代表的社会主义国家的法人制度与资本主义法人制度有所不同。法人组织设立和活动的目的不再是集中资本和单纯的营利，而主要是实现国家组织政治、经济、文化活动的职能，满足人民物质文化生活的需要。赋予各种社会组织以法人地位也不仅是为了限制法人成员的财产责任，而更重要的是为了维护各种社会组织的自主权利，实行经济核算，促进其改善经营管理。由于国家对不同性质的社会组织所采取的不同政策，法律对法人的分类也与资本主义国家不同。在苏联，法人主要是按法人财产的来源、资金的计算和使用方法进行分类，即分为：国家法人，包括国家权力机关和国家管理机关，经济核算制国家组织，预算制国家机关，由其他来源拨款的国家组织，国家经济核算制企业、组织和联合企业（公司）；集体农庄及其联营组织；其他合作社组织；社会团体。

我国法人制度建立的依据和法人的基本类型与苏联等社会主义国家基本一致。但在一段相当长的时期内，由于片面强调计划经济，否定社会主义商品经济的必然性和重要性，因而服务于商品经济的法人制度未得到发展。近几年来，我国确立了大力发展社会主义有计划的商品经济的方

针，坚持按经济规律办事，用法律手段管理经济，因而，法人制度也日益得到高度的重视。一些单行立法中开始出现法人的概念，从法人的角度对某些特殊问题作出规定。而民法通则的颁布，则使我国的法人制度进一步系统化、完备化。随着经济体制改革的深化和对外开放的发展以及企业自主权的扩大，法人制度将会发挥更大的作用。具体来说，目前我国法人制度的重大意义表现在以下几个方面：

1.可以有效地确立和保护企业的独立自主地位，使其成为自主经营、自负盈亏的社会主义商品生产者和经营者。搞活企业，增强企业活力，打破国营企业长期以来统负盈亏、吃国家"大锅饭"的局面，是我国经济改革的主要任务之一，而实行法人制度正是完成这一任务的有效手段或途径。法人组织的独立财产责任使企业财产相对独立于国家财产，使国家财产的所有权与经营管理权适当分离，使国家不再对亏损企业承担无限责任。同时，也使企业的独立自主地位得以完全确立。应该指出，法人制度在这一方面的意义是十分重要和突出的，如果说资本主义国家法人制度的确立主要是基于集中资本，限制投资者责任的企图，那么我国法人制度的确立，则主要是赋予企业以独立性。以往，企业自主权未得到应有的重视，法人概念和制度对许多人是很陌生的，无论在政府机关，还是在企业、事业单位，都存在对法人制度的轻视、怀疑、甚至否定的态度和倾向。法人制度的重要性，正是随着经济体制改革的深入发展而被人们所认识的。

2.有利于国家对各种经济组织和商品经济活动实行统一控制监督和管理。随着经济改革的深化，国家对经济活动的管理将逐渐由直接控制转向间接控制、由微观控制转向宏观控制，由具体业务部门的领导转向各种职能部门的监督、管

理。法人制度的建立正是实现这一转变的重要条件。社会组织的法人地位将会有效地排斥来自行政机关的不适当的行政干预。而法人的核准登记制度、审计制度、会计、统计和税务制度又将使法人组织处于国家的必要控制之下，国家可以根据国民经济的发展形势和整体战略，决定各种法人组织的成立、解散、分布，决定对其实行鼓励或限制的政策，并通过有效的监督管理使国家的经济政策得以贯彻执行。

3.有利于对外开放，发展对外经济技术交流和合作。法人制度是各国普遍实行的一项法律制度。外国商业组织要求明确我国经济组织的法律地位，以解除后顾之忧。而赋予我国经济组织以法人地位，也是维护我国法人组织和国家利益所必要的措施。以往在这方面我们曾有过教训，一些外贸企业的法人地位不明确，在对外贸易活动中出现亏损时，国家只好以国库财产为其承担无限责任。

4.便于机关、事业单位和社会团体参与民事活动，满足其日常活动的需要，从而实现其职能。各种非企业法人的存在和发展是社会发展不可缺少的部分，是实现国家职能，发展社会主义科学、文化、教育和其他公益事业的重要条件。赋予这些社会组织以法人资格，就能使其获得参与民事活动的权利。同时，也使这些组织尤其是国家机关在这些民事活动中，能以民事主体的身份平等地、自愿地与其他民事主体往来，防止“一平二调”、乱摊派和强行集资等现象的发生。

第二节 法人的条件

法人既是具有民事权利能力和民事行为能力的独立民事

主体，因而它必须具备法定的条件，这些条件是根据法人从事民事活动，享有民事权利，承担民事义务的客观要求，包括物质上的要求和组织上的要求以及保护他人利益和社会利益的需要而规定的。根据民法通则第三十七条的规定，法人应当具备以下四个条件：

一、依法成立

即法人必须依照法律的规定而成立，它包括两重含义：

（一）法人的成立不得违反法律。这种法律既包括国家的根本法和基本法，如宪法、刑法、民法等，也包括对某种法人进行专门调整的单行法，如工业企业法及制定中的公司法、社会团体法等。

（二）法人的成立必须符合法定的程序。法人的种类不同，其成立的程序也有不同。概括起来，法人的成立程序主要是以下二种：

1.直接根据法律、法令和行政命令而成立。国家机关法人，绝大多数事业单位法人和部分企业法人都是依这种程序成立。如按人大常委会决议成立国家监察部，依照国家教育委员会的文件而成立某一学校等。

2.经政府主管机关或授权机关批准而成立。即由创办者向中央或地方的政府主管机关提出申请，并经这些机关审查批准而成立。目前我国绝大多数企业法人和部分事业单位法人都是按这种程序成立。负责审批的主管机关或授权机关一般是按行业或部门确定。跨行业、跨部门的则由政府的综合部门审批。有些全国性的大型企业法人组织要由国务院审批。如中国包装总公司、中国有色金属总公司等。

无论依上述何种程序成立，除机关法人和部分事业单位

法人及社会团体法人外，都必须经核准登记。一切企业法人只有经核准登记才能取得法人资格，事业单位、社会团体依照有关规定需要办理法人登记的，也必须经核准登记才能取得法人资格。除某些特殊企业（如军工、铁路、航空企业）外，负责登记企业法人的主管机关，一般是各级工商行政管理机关。对事业单位和社会团体，由对口的主管部门负责登记。另外，某些特种行业的法人，如旅店业、旧货业、印铸刻字业的法人，还必须报公安部门审核批准后，再由工商行政机关核准登记。

二、有必要的财产和经费

这是法人进行民事活动的基本物质条件。民事关系，主要是一种财产关系，民事活动，归根结底是财产的交换或流转。因而作为民事关系和民事活动主体的法人，首先必须拥有财产。这种财产既是法人进行生产经营活动或业务管理活动和与他人进行财产往来的物质条件，也是其履行义务、承担民事责任的物质保证。

“必要的财产和经费”，是指具有一定独立性的财产和经费。所谓独立，是指能够独立支配，可以由法人依法占有、使用、处分，尤其是可以用于清偿法人债务。因此法人的财产必须独立于国家直接拥有的财产、其他法人的财产及法人成员个人的财产。即使是集体经济组织，其财产也属于集体组织本身所有，而不归其成员个人所有或共有。这种独立财产，可以是法人自己享有所有权的财产，也可以是享有经营权的财产。传统的民法理论只认为所有权才是独立的财产权，而在我国全民所有制条件下，经营权也是一种能够满足民事活动要求的独立财产权。法人的独立财产应表现在其独立的资产负债表上，因而法人应有独立的银行帐户。

“必要的财产和经费”，也是对不同类型法人提出的不同要求，对企业法人和其他事业单位、社会团体法人来说，必须拥有必要的独立财产，包括集体企业法人自己所有的财产和全民所有制企业法人经营管理的国家财产。而对国家机关和某些事业单位、社会团体来说，则必须拥有必要的独立经费，包括国家财政拨款和从其他合法渠道获得的经费。这里所谓的“必要”，则根据各种法人的性质、活动的内容而有所不同。企业法人是专门从事生产经营活动的，因而要求有较高数额的财产。而机关、事业单位和社会团体法人主要从事非经济性活动，因而只需有与其业务活动相适应的财产或经费即可。

三、有自己的名称、组织机构和场所

（一）法人的名称。法人的名称是表示法人性质或特点并与其他法人相互区别的标志，同时法人要以自己的名义进行民事活动，也必须有自己的名称。法人名称的确定并不是完全随意的。一般来说，法人名称应标明该法人的法律性质、业务范围和隶属关系，如是企业法人还是机关法人、事业单位法人。国家机关不应命名为“公司”，而企业法人也不应以“厅”、“局”、“委员会”等命名。同时，法人的名称不得使人产生误解，如地方性的企业不得使用全国性公司的名称。另外，法人名称也不得与同一区域内进行同种业务活动的法人名称相混淆。对于企业的名称，国务院公布的《工商企业名称登记管理暂行规定》中已做了具体要求。其中规定，企业不得使用对国家、社会和公共利益有损害的名称；不得使用外国国家或国际组织的名称；除全国性公司外，不得使用“中国”“中华”等字样和名称；凡冠以每一级行政区域地名的名称，应由同级工商行政管理局核准等。

法人一经成立，即取得名称权，此种权利是法人的一种排他性的使用权，法人有权禁止他人冒用其名称。如因他人侵犯而造成损失，有权要求赔偿。同时，企业法人的名称权可以依法转让。

（二）法人的组织机构。法人的组织机构包括法人的管理机构和业务活动机构，这是法人必须具备的组织条件。法人是一种社会组织，它要把分散的个人意志凝聚为统一的团体意志，把孤立的个人活动变成为统一的团体行为，即形成法人意志和法人行为，就必须建立自己的管理机构和领导机构。如机关法人的厅长、处长及其领导班子，企业法人的厂长、经理、董事会，社会团体的理事会等。这种机构对内管理法人事务，对外代表法人进行民事活动。同时，法人成立和存在的目的是从事一定的经济活动、行政管理活动或其他社会活动，因此它必须有自己的业务活动机构或职能机构，这种机构本身又是由它的工作人员或生产经营人员组成，如机关法人、社会团体的工作人员、企业法人的工程技术人员和生产工人等。因此，组织机构既是法人存在的组织形式，也是其赖以活动的主体条件。另外，把组织机构作为法人必备的条件，也是近几年我国企业整顿的经验总结。前几年，企业组织管理混乱，许多所谓的公司没有与其经营活动相适应的技术人员，也没有正规、严格的管理机构，因而根本无法完成其预定的任务，反而给他人利益造成严重损害，并破坏了正常的经济秩序。出现这种情况的一个重要原因，就是公司登记时放松了对其组织条件的审查。

法人的管理机构在不同的法人中，基于其性质而有不同的设置。但一般说来，不外乎以下几种：（1）决策机构或最高权力机构，即形成法人意志，决定法人重大事务的机

构，如公司法人的股东大会、各种合作社组织的社员大会、社会团体的会员代表大会等；（2）执行机构或常设机构 。它负责执行和贯彻决策机构的决策、指示，具体管理法人的日常业务活动。如企业法人的厂长、经理、董事会、机关法人、事业单位的行政负责人和社会团体的会长、理事会、委员会等。（3）监督机构 。即对法人执行机构和活动实行监督审查的机构，如公司法人的监事会、审计机构等。有的法人的管理机构比较复杂，同时设有上述几种，有的则比较简单，既没有专门的决策机构、也没有监督机构，而只有单一的机构全面负责法人的事务。

与法人组织机构密切联系的一个概念是法人的办事机构，民法通则规定，法人以其主要办事机构所在地为住所。法人的办事机构是指法人组织机构的一部分，即负责对外处理法人事务的机构，如工厂的物资供应和产品销售机构。在法人的管理机构中，有的只负责内部事务，有的则肩负对内、对外处理法人事务的双重职责。而只有后者才是作为法人的办事机构。法人的办事机构可以有一个，也可以有多个。

（三）法人的场所。法人的场所是法人进行业务活动的所在地，它是法人进行业务活动的空间条件。没有场所的企业，也是人们通常所说的“皮包公司”的一种，这种组织流动经营，来去无踪，仅凭介绍信和合同纸到处订合同，收取货款，到期不能履行，受害者甚至无处查找，因而场所作为法人条件有着重要的法律意义。

不同性质、不同规模的法人，其场所亦有不同，因此，应根据法人的业务性质和范围提出相应的场所要求。比如制造业的工厂企业需要有厂房，商品零售业企业则必须有营业

店铺，仓储业必须有仓库，事业单位、团体法人则只需有业务活动场所或办公处所。同时，法人的场所可以有一处，也可以有多处，可以位于一个地区，也可以跨地区甚至跨国界。

四、能够独立承担民事责任

法人独立承担民事责任应包含三重含义，其一是法人必须承担民事责任；其二是法人的债务只能由它自己承担；其三是指法人必须有能力承担民事责任。

法人必须承担民事责任的根据在于权利与义务相一致、利益与风险相一致的基本法律原则。法人作为民事主体参与经济活动，享有广泛的权利，那么它同时也应承担权利行使过程中所产生的义务和责任。对企业法人来说，任何经营活动既有利益也有风险，它既为了营利而从事经营活动，当然也应承担与此相应的责任风险。

法人只能自己承担民事责任。法人民事责任的独立性表现为一个法人对另一个法人的债务不承担责任。国家对机关法人、全民所有制企业法人、事业单位法人的债务也不承担责任。在有组成成员的法人中，如公司法人，其成员即股东对公司债务不承担出资额以外的责任。另外，法人的工作人员如职工或雇员等对法人的债务也不负责。法人独立承担民事责任是由其独立的民事主体地位决定的。法人作为民事主体，既独立于其组成成员，也独立于它的领导机构和下属机构，虽然他们之间存在各种各样的千丝万缕的联系，但在民事法律地位上，则是相互独立的。法人有自己的法律人格，拥有独立的财产，享有自主经营的权利，其获得的一切利益（扣除各种法定的税金），由它自己支配，因而产生的债务责任也就只能由自己承担。这种独立的民事主体地位和

相应的独立财产责任正是法人区别于公民个人企业、合伙企业，以及其他非法人的社会组织的根本特征。

法人的独立财产责任具有十分重要的法律意义和社会意义，尤其是对企业法人意义更为突出。

首先，企业法人财产责任与其领导机构和下属机构财产责任的独立，是促进企业改善经营管理、提高盈利水平的重要因素。众所周知，以往我国实行的是国营企业盈利全部上交，亏损由国家填补的经营管理体制，实际上国家为企业承担了没有范围限制的财产责任。正是基于以往的深刻教训，我们开始注意怎样割断国家与企业之间的财产责任联系，以赋予企业改善经营管理的内在动力。因而经济体制改革最终确立了企业相对独立的商品生产者的地位，企业法人的资格正是这种地位在法律上的表现。企业获得法人资格后不仅享有经营管理的自主权，而且同时应承担独立的财产责任，如因经营不善、亏损严重达到资不抵债的程度时，即应破产解散，国家不再负责。这样，国营企业法人的独立责任制度一方面维护了国家的权益，另一方面又有效地激发了企业经营管理的主动性和积极性。

其次，企业法人财产责任与其组成成员财产责任的独立，是集中资金，加快企业发展，维护投资者利益的有效法律形式，也是公司这种企业形式的优越性。这主要是针对公司法人或法人型联营而言的。它保障投资者的安全，使其摆脱了受债权人无限追偿的危险，从而也使公司企业成为集中资本、推动生产力发展的强有力的法律杠杆。近几年，我国集资性、合资性公司企业的迅速发展，与这种公司企业所实行的公司独立责任、成员有限责任有着直接联系。

法人独立承担财产责任不仅具有必要性，而且也具有实

际的可能性。即法人必须具有责任能力、能够实际地承担自己的民事责任。这就要求它必须具有一定的财产作为承担责任的物质条件。前述法人的必要财产和经费，除保证法人的正常活动外，同时也构成法人承担责任的担保。

至于法人承担财产责任的范围，则应以其实有的全部财产或经费为限负责，这一点即使是全民所有制的法人亦不应例外。

第三节 法人的民事权利能力和民事行为能力

一、法人的民事权利能力

法人的民事权利能力是指法人作为民事主事主体进行民事活动，取得民事权利、承担民事义务的资格。由于法人是一种社会组织，因此其权利能力在各方面与公民的权力能力都有所不同。

（一）法人民事权利能力的确定

法人的民事权利能力是通过多种形式予以确定的，其中主要是：

1.法律和政策。许多法律的禁止性和限制性规定，都直接规定了法人的权利能力。有些法人的权利能力也由政策性的规定予以限制，如中共中央办公厅和国务院办公厅关于不准党政机关经商、办企业的通知即限制了机关法人的权利能力。

2.法人的章程。许多法人成立时都制定有章程，其中关于法人业务范围或活动内容的规定属于民事性质的，即是对该法人民事权利能力的确定。根据我国民法通则的规定，企业法人必须有章程，因而企业法人的民事权利能力主要由章

程确定。

3.法人的性质和目的。有些法人虽无章程，法律也没有对其权利能力作出特别规定，但其性质和目的本身即限定了其民事权利能力的范围。如机关法人只能进行为其履行职责所必需的消费性民事活动；医院、剧团等事业单位只能进行与医疗服务和演出有关的经营性民事活动。另外，法人的性质本身也决定了一切法人都不能享有公民基于其人身而享有的某些权利能力，如生命权、身体健康权、肖像权、婚姻权、继承权。

（二）法人民事权利能力的产生和消灭

法人的民事权利能力从其成立时起产生，到其终止时消灭。因此法人只有在正式成立后，才有资格进行业务活动，而一旦宣布解散或破产，即失去这种资格。法人成立或者终止的日期，直接根据法律、行政命令成立或者终止的，依其中所规定的日期确定，经核准登记而成立的，则自登记之日起成立，从注销登记之日起终止。

但是有两个问题需要明确：

1.法人在正式成立前，往往要有一段时间的准备或筹建，而有的法人，如企业法人的筹建时间可能比较长，在进行生产资料的购置和基本建设活动中，必须与外界发生一定的经济往来。这段时间的法人一般称为设立中的法人，我国实践中一般称为筹备机构。这种设立中的法人并不是法人，没有完全的权利能力，只能从事与法人设立有关的活动。其行为的法律后果则由成立后的法人承受。

2.法人终止后，其活动并不是完全停止，而应依法进行清算。这段时间的法人可称为清算中的法人，它不具有原法人的权利能力，应停止进行新的或积极性的经营活动，但它

具有限制权利能力，可以进行清算范围内的活动，即为了清理债权债务，可以继续完成或进行未了结的业务活动或其他活动，直到清算结束。

（三）法人民事权利能力的内容

1.一般民事权利能力。这种权利能力为所有法人普遍享有，它是社会组织存在和活动的基本条件。这种民事活动一般都是为法人完成其职责和任务提供服务的。如基建活动、购买办公用品的买卖活动、租赁经营场所等。

2.特殊民事权利能力。这种权利能力根据法人的性质和任务而各不相同，它实质上就是法人的业务范围。以民事活动为其主要业务的法人，其业务范围就是民事权利能力的范围。业务性质和范围不同，其特殊民事权利能力范围也不同。如汽车制造厂的权利能力限于汽车的制造和销售，而汽车贸易中心的权利能力则是汽车交易，包括买进和卖出。只有得到许可的法人才有权经营广告、烟草、黄金首饰等业务。全民所有制企业可发行债券，集体所有制企业可发行股票，这些都属于特殊权利能力。企业法人具有的就是这种特殊民事权利能力。因而法人的民事权利能力并不相同，也谈不上平等。

（四）法人民事权利能力的法律效力

法人的民事权利能力一经确定，即不得随意改变，也不能超越。法人必须在其民事权利能力范围内进行民事活动，否则即构成违法，其行为即归无效。实践中，超越权利能力范围的现象经常出现，例如学校办旅馆、医院作买卖、社会团体办公司、党政机关经商等，这些都属于越权活动。

二、法人的民事行为能力

法人的民事行为能力，是指法人在法律规定的范围内以

自己的行为取得民事权利，承担民事义务的资格。

（一）法人民事行为能力的特点

法人的民事行为能力与公民的民事行为能力不同。其一，法人的民事行为能力与其权利能力同时产生，同时消灭，有权利能力，即有行为能力。而公民都有权利能力，但不一定有行为能力。其二，法人的民事行为能力范围与权利能力范围完全一致，有什么样的权利能力即有什么样的行为能力。因而对权利能力的限制，亦即对行为能力的限制。而公民的行为能力范围与其权利能力范围常常不一致。其三，法人的行为能力只能通过法人的法定代表人或机关以及代理人的活动实现，而公民的行为能力则通过其自身或代理人的活动实现。

（二）法人的法定代表人

法定代表人是指法人的负责人，即对内管理法人事务，对外代表法人进行业务活动的管理机构。我国民法通则对法定代表人作了规定："依照法律或者法人组织章程的规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人。"

法定代表人与公民的法定代理人不同，它不是一个独立的民事主体，与法人之间不是代理关系，而是法人与其负责人的关系。法定代表人以法人名义代表法人进行活动，他的行为就是法人本身的活动，他所作的意思表示即为法人的意思表示，其行为的一切法律后果也由法人承担，其中包括执行业务过程中给他人造成财产损失时的赔偿责任。需要特别说明的是，法定代表人的不当行为和变动不应影响其行为对法人的约束力。实践中，经常出现法人以其代表人失职为借口而不承认其订立合同、或后任法定代表人否决前任法定代表人订立的合同的情况，这都是不符合法律规定的。法人可以在

内部追究法定代表人的失职责任，但对外不能推卸其应承担的义务。

第四节　企业法人

一、企业法人的概念和特征

企业法人是法人中数量最多、参与民事活动最普遍、财产流转数额巨大的一种，是社会经济活动的最主要的主体。企业法人广泛分布于国民经济的各个行业、各个部门，从事工业、农业、商业、交通运输、建筑、金融、科技服务、旅游服务等行业的各种工厂、公司、商店等大都属于企业法人的范围。

企业法人是以营利为目的，从事经济活动的法人。其特征包括以下三个方面：

（一）具有法人地位。企业与法人是两个不同的概念，二者互相交叉，企业中有法人企业与非法人企业，法人中也有企业法人与非企业法人。企业一般分为三种形式：独资企业、合伙企业和法人企业（公司企业）。并非所有企业都是法人，而只有其中具有法人地位的才是企业法人。

（二）从事经济活动。这种经济活动应作广义的理解，不仅包括直接的商品生产经营，也包括其他有关经营，只要是能取得经济利益的专门活动都属于经济活动。绝大多数企业法人的经济活动是以商品为对象，也称商品生产或经营，包括商品制造、加工、买卖、运输、仓储等。有些企业法人的经营活动并非直接的商品生产经营，但却是与此密切联系并为之提供服务的，如居间、行纪、金融、信托、咨询、科技服务、广告、保险、娱乐、服务等。目前所说的第一产业、第二产业、第三产业都属于经济活动的范围。企业法人

的这一特征使它与机关法人相区别。行政性公司之所以受到人们的一致反对，主要根据也正在于此。前几年，一些政府主管部门改名为公司或总公司，但并不从事经济活动，不是经济实体，而是冠以“公司”名称的机关，因而，目前已基本上被清理和取消。因为公司是企业法人的一种，不仅任何政治机构、文化和宗教团体不是公司，而且单纯的国家经济管理机构也不应成为公司。它虽然也从事经济方面的活动，但其性质与企业法人的经济活动不同，它是代表国家执行经济管理的职能，而不是直接从事生产或经营活动。

（三）经济活动以营利为目的。即企业法人的一切经济活动，在不违背法律和国家计划的前提下，以取得最大经济利益为目标，其进行的经济活动则是达到这一目的的手段。企业法人的这一特征使它与其他从事经济活动的非企业法人相区别。有些非企业法人，如设计研究院、招待所等事业单位，也从事一些经济活动，但都不是以营利为目的。

二、企业法人的条件

企业法人，除具备法人的一般条件外，还必须具备一些特殊的条件。根据民法通则第四十一条的规定，企业法人的特殊条件是：

（一）企业法人必须是全民所有制或集体所有制企业、具备法人条件的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。这是民法通则从所有制性质上对企业法人所作的限制。因此公民个人或公民之间合伙开办的个体企业、私营企业不能取得法人资格。

对企业法人所有制的限制，显然是我国的经济、政治体制决定的。公有制企业是我国最主要的经济组织，必须赋予其法人地位。而对外开放、吸收外资也使肯定三种涉外企业

的法人地位成为必要。私营企业曾被限制甚至取消，近年来，我国恢复和发展个体经济，私营企业也得到迅速发展。私营企业是私营经济的主要组织形式，是由公民个人出资组成的一定规模（尤其是雇工人数）以上的经济组织。保护和发展私营经济是我国社会主义初级阶段的客观要求，它对于补充国营经济和集体经济的不足，实现资金、技术、劳力的广泛结合，促进商品流通，活跃市场，扩大就业机会，增加国家财政收入等都具有一定的意义。为了肯定私营经济的法律地位，维护其存在和发展，第七届全国人民代表大会第一次会议通过了宪法修正案，对宪法第十一条增加规定："国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。"由此可见，私营企业得到我国宪法的肯定和保护。由于民法通则是在此前二年颁布的，因此没有对私营企业作出规定，也没有将其列为企业法人的一种。但1988年6月25日国务院发布了"私营企业暂行条例"，将私营企业分为独资企业、合伙企业和有限责任公司三种形式，其中有限公司就是具有法人资格的企业，因此，我国的企业法人已不再限于全民所有制和集体所有制范围内，某些私营企业也可取得法人资格。

（二）企业法人必须拥有符合国家规定的资金数额以上的财产。拥有必要的财产和经费是一切法人组织必须具备的条件。与其他法人不同的是，企业法人有更高的财产要求。这是因为拥有相当数量的财产，是企业法人从事经济活动的物质基础，其享有的财产权利承担的财产义务数额往往较大，而企业法人本身又只以其实有的财产为限对其债务负

责。因而依法确定企业法人的最低资本数额，就成为其经营能力和责任能力达到一定低限的基本保证，就能使债权人利益获得可靠的担保。同时，企业法人的资信能力也取决于其财产的数额，资产越多，资信能力越强，经营活动也就比较稳定。至于资金限额倒底多少，目前还没有统一的标准，有待于在有关单行立法中作出具体规定。但对于公司这种企业法人的自有流动资金数额，国务院批准施行的《公司登记管理暂行规定》已经根据不同行业的经营特点把它们按照四个类型分别规定了最低的流动资金数额，即："生产性公司自有流动资金，不得少于10万元；以批发业务为主的商业性公司的自有流动资金数额，不得少于20万元；以零售业务为主的商业性公司的自有流动资金数额，不得少于10万元。咨询服务性公司的自有流动资金不得少于5万元。"同时，为了防止出现企业法人资金不足，虚报资金等现象，目前工商行政机关在进行企业法人的核准登记时，一般都要求其提交由银行或其他部门出具的资信证明、验资证明或者资金担保。

（三）企业法人必须有自己的组织章程。这种章程是企业法人赖以存在和活动的基本依据和准则。对内，它指导和约束企业法人的行为，法人不得随意超越或违反组织章程；对外，它是他人据以了解法人权利能力和其他有关事务，以便与其开展业务往来的主要途径，也是国家机关对企业法人实行统一管理和监督的重要依据。

组织章程的具体内容是企业法人从产生到消灭全过程的主要事项，其中一般包括企业法人成立和活动的目的、内部权利义务关系、组织机构的构成和职责范围以及合并和解散的规定等。不同性质的企业法人，其组织章程内容也不相同。法律对不同企业法人的章程亦有不同规定。如我国《公

司登记管理暂行规定》第六条规定，公司章程应具备下列内容①名称和地址；②宗旨；③经济性质；④注册资金数额及来源；⑤经营范围和方式；⑥组织机构和法人代表姓名；⑦利润分配形式和劳动报酬的分配办法；⑧其他需要说明的事项。

（四）企业法人必须经主管机关核准登记才能取得法人资格。这是企业法人成立的程序上的条件。具备上述三方面的实质条件，而未经核准登记，仍不能成为企业法人。

中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业，由于其具体组织形式或权利义务内容不同，有的具备法人条件，有的则可能不具备法人条件，如合伙式的合作经营企业。只有在中华人民共和国境内设立、具有法人条件、并且依工商行政管理机关批准登记的，才可以取得中国法人的资格。

三、企业法人的经营范围

企业法人的经营范围，是指它可以从事哪些生产或经营活动，这也就是前述法人的特殊权利能力的范围。外国法中经常使用的“法人目的”或“所营事业”，与我国所说的经营范围是基本相同的概念。

（一）企业法人必须在其经营范围内进行活动。民法通则第四十二条对此作了明确规定：“企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。”国家工商行政管理总局制定的《经济联合组织登记管理暂行办法》规定：“经济联合组织应当按照工商行政管理机关核定的经营范围和经营方式从事生产经营。”如核准登记的是生产制造化工产品，就不得从事食品的生产制造，如核准登记的是商品的零售，就不得经营商品的批发。这一规定的目的是使企业法人的活动具有确定

性和稳定性，并且与其本身的资金状况、生产经营能力和承担责任的能力相适应，以维护他人利益和社会经济秩序的稳定，同时也有利于国家对企业设置和分布的统一安排和对国民经济的宏观控制。

（二）企业法人的经营范围以其核准登记时所确定的范围为准。这种范围由企业法人的组织章程予以确定和记载，应并经过主管机关的审核批准。经营范围的确定有各种不同的方式，有的以产品确定，如生产经营汽车；有的以行业确定，如从事纺织业的生产经营；有的则以经营方式确定，如从事商品零售业务或商品批发业务等。

（三）主管与兼营。企业法人可以一业为主，兼营其他。法人章程不可能将法人经营过程中所要进行的一切活动都一一列举。实践中，法人章程在写明其主要业务后，往往还规定可能进行的其他业务。在此情况下，一般认为，只有为了进行主要业务活动，法人才能进行其他业务，如果主要业务已无法进行，那么其他业务则不能作为其主要业务而继继进行。如一家公司主要业务是制造汽车，同时可以兼营汽车配件买卖，但如果该公司由于客观情况无法继续生产汽车，则不能自然转向以买卖汽车配件为主要业务，否则即属超越经营范围。另外，法人也可以进行章程中未规定的但又与其主要业务活动相关的经营活动。如一家以生产化工产品为业务的公司，其原料中包括烧碱，由于市场烧碱供应紧张或为了降低成本，决定不向市场购买而自己生产。这种章程之外的活动不应视为超越经营范围。

（四）企业法人的经营范围并非不可改变，而是可以根据其业务发展情况和需要进行变更，包括扩大和缩小以及完全改变原来的经营内容，这种变更属于法人重大事项的变

更，应修改法人章程，并按民法通则第四十四条的规定，向登记机关办理登记并公告。

四、企业法人及其法定代表人的法律责任

（一）企业法人的民事责任范围。这里的民事责任是指财产责任。如前所述，法人必须独立承担民事责任，企业法人当然不能例外。但由于各种企业法人的财产权性质和对财产所享有的权限不同，尤其是全民所有制企业的特殊地位和国家对其权利所作的限制，使人们对其责任范围产生过认识上的分歧。实践中也曾长期实行全民所有制企业仅以流动资金为限承担财产责任的作法，而目前在这种企业对其财产只有经营管理权，而不享有所有权的情况下，是否可以以其经营管理的全部财产承担民事责任，是一个需要明确的问题。为此，民法通则第四十八条作了如下具体规定："全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任，集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。中外合资经营企业法人、中外合作经营企业法人和外资企业法人以企业所有的财产承担民事责任。法律另有规定的除外。"

这一规定，既明确了上述三种企业法人的财产权性质，即全民所有制企业享有经营管理权，集体所有制企业和涉外企业享有所有权。同时也明确了三种企业法人的财产责任范围，即以其实有的全部财产为限承担财产责任。这里所谓的"法律另有规定的除外，"是指依照有关法律，某些企业法人的财产或企业法人的某些财产不能用于承担民事责任、在某些特殊情况下，国家基于一定目的而代替企业承担一定的民事责任，以及某些情况下，企业法人的成员或投资者须承担一定的民事责任等。

（二）企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经

营活动承担民事责任。企业法人的行为能力是通过其法定代表人和其他工作人员以及代理人的活动实现的，其中主要的则是其法定代表人和经授权的工作人员的活动。因而法人的民事责任实质就是它的经营活动产生的民事责任。因此，民法通则第四十三条规定："企业法人对它的法定代表人和其他工作人员的经营活动，承担民事责任。"

需要指出的是，企业法人并不对其法定代表人的一切活动承担民事责任，而只是对其经营活动负责。因此必须区分经营活动与非经营活动。经营活动，也称代表行为或法人行为，即法定代表人以法人名义，为了法人而从事的各种活动，否则即为非经营活动或个人行为。如厂长以个人名义买一套家俱当然不是经营活动，而是个人行为。即使有的法定代表人以法人名义进行了经营活动，但不是为了该法人利益，也不构成经营活动。如某厂厂长在个人交易中为了方便，私自以工厂名义和帐号与他人订立合同。为了严格法定代表人制度，使他人准确了解法定代表人的身份，防止假冒法人名义的欺诈行为，工商行政机关一般要求企业法人登记时应提交法定代表人证明书，法定代表人在其进行经济活动时，也应出示这种证明书。

如果法定代表人从事经营范围外或非法的经营活动，只要是以法定代表人的身份，为了法人利益，代表该法人进行的，亦属于经营活动，其民事责任亦应由法人承担。之所以如此，是因为法定代表人的行为就是法人本身的行为，同时，法定代表人个人财产有限，也无力独立承担由此而产生的民事责任。当然，法人在对外承担民事责任后，在内部可根据其法定代表人履行职责的过错情况，向其追究行政责任和适当的财产责任。

企业法人的其他工作人员的经营活动亦由法人承担民事责任。这里的经营活动是指有关工作人员依其职务以法人名义对外所从事的经营活动。这种活动又称职务行为或职务代理行为，例如商店售货员出售商品收取货款的行为。这种行为无需法人的特别授权，即属于法人本身的行为。但如果商店要派售货员去与其他法人订立合同，这种订约行为就不是工作人员的经营活动，而是一种委托代理活动。法人对其工作人员的经营活动承担的民事责任不仅包括合同责任，也包括经营活动过程中给他人造成损害赔偿时的赔偿责任，如运输公司司机在执行运输任务过程中致人损害的赔偿责任 。

（三）企业法人的法定代表人的法律责任。企业法人对法定代表人的经营活动承担民事责任。并不意味着免除了法定代表人的一切法律责任。相反，为了增强法定代表人的责任感，促使其更好地履行职责，维护法人本身和国家的利益，民法通则第四十九条规定：“企业法人有下列情形之一的，除法人承担责任外，对法定代表人可给予行政处分、罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任：

1.超出登记机关核准登记经营范围从事非法经营的；

2.向登记机关、税务机关隐满真实情况、弄虚作假的；

3.抽逃资金、隐匿财产逃避债务的；

4.解散、被撤销、被宣告破产后，擅自处理财产的；

5.变更、终止时不及时申请办理登记和公告、使利害关系人遭受重大损失的；

6.从事法律禁止的其他活动，损害国家利益和社会

公共利益的。”

五、企业法人的变更

企业法人的变更是指企业法人的分立、合并或者其他重要事项的变动。

企业法人的分立是指将一个法人分为几个法人，原来的法人终止（或消灭）。或者由一个法人分出一部分人、财、物等，另外组成一个或数个新的法人，原来的法人仍然存在。

企业法人的合并是指将两个或两个以上的法人合并成为一个新的法人，原法人消灭。或者将一个或几个法人并入另一个法人，另一法人继续存在，其他法人消灭。前一种合并又称新设合并或并合。后一种合并又称吸收合并或归并。通常所说的企业的关、停、并、转中的“并”，就是指企业法人的合并。实践中，企业法人合并更多地是采取吸收合并的方式。

企业法人其他重大事项的变更，主要是指法人章程中法定记载事项的变动，其中包括：名称和地址、活动宗旨、经济性质、注册资金、经营范围、组织机构和法定代表人等的变更。

企业法人变更后，其权利义务由变更后的法人承受，即原有法人的财产、债权、债务等按一定方式由分立后的各个法人承受，或者原有几个法人的财产、债权、债务全部由合并后的一个法人承受。这种承受为当然承受，不得附加任何条件。同时这种承受为概括承受，原法人的一切权利义务全部移转于变更后的法人。

企业法人的变更，不仅关系到企业法人自身民事权利能力和民事行为能力的变化，而且还直接影响到其权利的行使和义务的履行，牵涉到他人和社会利益以及有关机关对法人

的统一管理和监督，因此必须按法定程序进行。按照民法通则第四十四条的规定，应当向成立时的核准登记机关办理登记并公告。同时，某些企业法人的变更还必须经有关主管部门批准。变更公告的方式应当按照国家工商行政管理局1986年发布的《关于公司登记公告有关问题的通知》进行，即主要是在公司登记公告期刊上公告，同时，也可以在地方或全国性报纸上公告，必要时还应直接通知有利害关系的当事人。否则，不得以此对抗善意第三人，如给有关当事人，主要是债权人造成损失，应负责赔偿。因此，这种通知和公告程序又称债权人保护程序。

六、企业法人的终止和清算

企业法人的终止是指企业法人因法定原因而失去法人的资格。

根据民法通则第四十五条规定，企业法人终止的法定原因有以下几个方面：

（一）依法被撤销。这里的依法包括依照法律和主管机关的行政命令。如因违法经营而被工商行政管理部门吊销执照、撤销登记，因经营不善而被主管机关关闭等。当然，这种撤销也可因企业以外的原因，如国民经济调整。

（二）解散。包括法人因完成任务或其任务无法完成而解散，因法人成员会议决议解散。因法定存续期限届满而解散以及因违法活动而被人民法院宣告解散。

（三）依法宣告破产。即因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期偿务，而由人民法院宣告其破产。我国的企业破产法（试行）对此有详尽规定。

（四）其他原因。法人终止还可能有其他原因，由于法律不能一一列举，故作此灵活性规定。

企业法人决定终止后，即进入清算程序。清算是对法人的业务和财产进行清理并按有关法定程序对其债务进行清偿的一种法定程序。其目的和作用是了结法人的债权债务关系，处理其剩余财产，保护各方当事人的利益，并最终消灭其法人资格。在清理期间，法人的民事权利能力并不完全消灭，只是丧失了积极经营的权利能力，应停止新的经营活动，也不得擅自处理财产和抽逃资金、隐匿财产。但在清算范围内仍具有权利能力，可进行为清算所需要的活动。

企业法人的清算应由清算组织负责，如清算委员会或清算组等。对于法人因解散而终止时的清算组织的组成，法律未作特别要求，可以吸收外部人员参加，也可以不吸收。但对法人被撤销和被宣告破产时的清算组织的组成，民法通则规定，应由主管机关和人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织。这里的有关机关包括行政、审计、工商、税务、银行等。这里的有关人员包括债权人、债务人等当事人和会计师、律师等专业人员。清算的任务是查清法人现有财产，了结现有业务，受偿债权，编制财产目录和资产负债表，然后按法定程序向债权人清偿债务。企业破产法对企业破产时的清偿顺序规定为：（1）破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；（2）破产企业所欠税款；（3）破产债权。如破产财产不足以清偿同一顺序的债务，则按比例清偿。清偿后剩余的财产，应按法律或法人组织章程的规定，移交上级有关部门、其他社会组织或者分配给法人的成员。

企业法人终止，亦应向原成立的登记机关办理注销登记并公告。我国《公司登记管理暂行规定》第十三条规定："公司停业，应在规定的时间内办理歇业登记，缴销营业执照。"这里所说的歇业就是终止。

第五节　非企业法人（机关、事业单位和社会团体法人）

一、概述

（一）非企业法人的概念和特征。民法通则第三章第三节规定了机关、事业单位和社会团体法人，这三种法人的特征与企业法人不同，称非企业法人。它是指主要从事非经济活动，并不以营利为目的的法人。非企业法人的特征是：

1.具有法人地位。机关与机关法人，事业单位与事业单位法人，社会团体与社会团体法人是不同的概念，并非所有的机关、事业单位和社会团体都是法人，而只有其中具备法人条件的才是法人。

2.主要从事非经济活动。非企业法人的业务范围十分广泛，有的是从事国家行政管理活动，有的从事各种社会公益活动，但绝大多数都不以经济活动作为其主要业务内容。

3.不以营利为目的。有些非企业法人也从事某些经济活动，或以经济活动作为其主要业务，甚至也有一定的营利，但与企业法人的经济活动不同，它不是把营利作为目的，有的根本没有营利，如医院、各种对内服务的招待所等。有的虽然营利，也只是作为其活动的一部分内容或完成其目的的一种手段，如剧团等文化团体。

（二）非企业法人的法人地位及其意义。非企业法人大都不从事经营活动，而是从事国家行政管理、社会各种事业和其他社会活动。其主要活动并不是民事活动，但又不能完全脱离民事活动，而必须通过民事活动来满足日常工作和业务活动的各种需要，如办公设备、用品和职工生活用品的购

置、建筑物的修建等。非企业法人可能拥有各种行政权利或者与他人具有行政隶属关系，但在进行民事活动时，都只能以法人的资格或身份，作为平等的民事主体与他人发生财产关系和人身关系，不论其地位高低、权利大小都应遵循当事人地位平等、自愿、公平、等价有偿的民法原则。由此可见，机关、事业单位和社会团体与企业一样，具有多重身份：在行政关系中它具有行政机关、事业单位的身份，这时，它必须服从上级机关在民事关系中它具有法人的身份，区别只在于企业法人以民事活动为主，更多地表现其法人的身份。

民法通则赋予机关、事业单位和社会团体以法人资格，具有重要意义。它不仅保证了这些组织能够通过民事活动来满足自己的需要，以更好地实现其各自的职能和任务，同时也使它们在日常活动中，能够自觉地区分其活动的性质是行政活动还是民事活动，使它们能够在民事活动中，自觉地遵守民法的基本原则，以平等的资格与他人包括自己的下属单位进行往来，防止以行政权力非法干预民事活动，侵害他人的合法权益。

二、机关法人

（一）机关法人的概念和特点。机关法人是指从事国家管理或行使国家权力，以国家预算拨款作为独立活动经费，具有法人地位的中央和地方各级国家机关。机关法人的特点是：

1.主要从事国家行政管理活动。这是机关法人最突出的特点。机关法人是国家机关，依法行使国家权力，对我国的政治、军事、经济、文化和社会事务等实行管理。虽然有时也要进行一些其他方面的活动，包括经济性活动，但目的都是为其行政管理活动服务。

2.拥有独立的经费。各级国家机关都是依靠国家预算拨款进行活动的，它不象国营企业法人那样，拥有经营管理的国家财产，而只有由预算拨款形成的独立经费。这种经费就是国家机关赖以进行民事活动的财产条件。

3.依照法律或行政命令成立。国家机关的设置是由宪法和有关法律规定的，具体方式一般是由上级机关作出决定。同时，这种机关从成立之日起，即具有法人资格，无须再经过专门的核准登记程序。

（二）机关法人的种类和划分。机关法人的分类与国家机关本身的分类有联系又有区别。我国的国家机关分为：

国家权力机关——全国人民代表大会和地方各级人民代表大会及其常委会；

国家行政机关——国务院和地方各级人民政府及其工作机构，即国务院各部委、地方政府的各委、办、局；

国家审判机关和法律监督机关——各级人民法院、人民检察院；

国家军事机关——中央军事委员会和人民解放军各级机关。

机关法人分类与国家机关分类的联系表现在：某些情况下，机关的划分与法人的划分是一致的，不同类型的国家机关即为不同的法人，中央的地方的国家机关也组成不同层次的法人。如国务院机关事务管理局（代表国务院进行民事活动）和最高人民法院各为法人；国务院各部委各为法人，各级人民法院各为法人。

机关法人分类与国家机关分类的区别则在于：某些情况下，某个国家机关并不一定是法人，而具有法人地位的也不一定是某个单独的国家机关，而可能是几个国家机关或不同

类型的国家机关组成一个法人。如地方政府的委、办、局有的是法人，有的则不是法人，其中与政府在一个地点办公的一般都不是法人，其民事活动一般与政府合为一体，由政府作为一个法人出现。

确定国家机关是否具有法人资格或划分其法人单位应根据该机关经费是否独立，民事责任是否独立，即看其是否是一个独立的预算单位。只有实行独立预算的国家机关才是法人，每一预算单位就是一个法人单位。而某些国家机关虽然有自己的名称、组织机构和场所，但不是预算单位，也就不能成为法人。

（三）机关法人的独立经费。独立经费是机关法人开展业务活动，完成其行政管理职能的物质条件，也是其进行民事活动，取得民事权利，承担民事义务的财产条件。机关法人在业务活动中，要购置办公用品，召开会议，开展正常办公等，都需要通过一定的民事活动来进行，从而需要支付办公费，会议费、水电费、差旅费、车辆保修费、学习宣传费、设备购置费、修缮费等各种费用，这些都必须以独立的经费作为保证。

机关法人的独立经费主要由国家预算拔款形成。此外，机关法人因向社会提供服务或采取行政措施，可依据国家规定的经费标准取得一定的收入。如出租设备、房屋、场地的租金收入、海关、工商、政法与其他部门的罚款收入，登记费、公证费、检验费等规费收入。目前，对这种收入的分配，有几种不同的方式，即超收分成、结余分成、集中上缴、总额承包超额分成、总额分成等。机关法人按照上述分配形式所获得的收入亦构成其独立经费的一部分。

同时，机关法人的独立经费不仅包括当年的经费，也包

括往年经费的积累，其中包括经费支出形成的固定资产，如建筑物、设备等。它们都属于该机关法人的财产。

（四）机关法人的民事权利能力

1.机关法人对其独立经费享有占有、使用、收益和处分的权利。但是这种权利必须按行政财务制度的规定行使。国家对机关法人的经费拨款，都是按预算支出科目进行的，机关法人必须按照专款专用的原则在规定的开支范围内和货币额度内用款。

2.机关法人有权进行与其业务活动有关的民事活动，这种活动属于一般民事权利能力范围的活动。如为购买办公用品、设备、职工福利用品而进行各种买卖活动；为召开会议而订立会场租赁、车辆租赁合同。这里所谓有关的活动，就是机关法人履行其行政管理职能的活动。

对于机关法人的民事权利能力，实践中应注意以下问题：

（1）机关法人不得经商、办企业。经商、办企业是营利性的经济活动，与机关法人的业务活动无关。这种活动往往是利用党政机关的特殊地位和实际握有的权力，在与一般经济组织极不平等的条件下进行竞争，因而它大大削弱了国家对经济工作的全面领导，影响了秉公办事的工作作风，助长了不正之风，损害了国家利益。因此中共中央办公厅、国务院办公厅于1984年正式发出通知，后来又陆续制定了一些政策，禁止党政机关和党政干部经商办企业。

（2）机关法人不得乱摊派、乱集资、乱收费。国家机关向企业和公民个人摊派、集资、收费等，如果是依照法律或国家计划进行的，属于一种行政活动，否则就是一种民事活动。而这种活动必须尊重单位和公民个人的意愿，不能利

用国家机关的行政地位和权力强行进行。

（3）机关法人不得违反财经纪律，滥用经费。国务院转发的《财政部关于控制行政费问题的报告》以及其他有关文件对此作了明文规定。各种挪用经费，乱上建设项目，修建楼、堂、馆、所，违反规定标准，讲排场，摆阔气，铺张浪费，用公款馈赠礼品和宴请，违反规定在高级饭店、风景区开会等违反财经纪律的行为，从民法上来说，也是一种机关法人滥用其财产权的行为。

三、事业单位法人

（一）事业单位法人的概念和特点。事业单位法人是指从事社会各项事业，拥有独立经费和财产的各种社会组织。事业单位法人的特点是：

1.从事社会各项事业。这里的事业是指具有一定的目标和规模，以社会利益为目的的活动。如文化、教育、科技、卫生、体育等事业。这里所说的从事社会各项事业，系指进行这方面的实际的、具体的活动，如各种文艺团体的演出活动、教育单位的教学活动、科技单位的科研活动等，而不包括在这方面的行政管理活动。某些国家机关，如各级文化、教育、科技主管部门，虽然也与社会事业密切相关，但它们的活动是国家对这种事业的管理活动。

2.拥有独立的经费和财产。事业单位主要是靠国家财政拨款进行活动的，在某些情况下这些单位又能通过自己的活动取得一定的收入，从而形成自有的资金或财产，如文艺团体的演出收入等。

3.依照法律或行政命令成立。事业单位实际上是由国家设立的代表国家从事社会各项事业的组织，因而其成立的程序与国家机关相同。但其法人资格取得则要根据有关法律的

规定，不需要办理法人登记的，从成立之日起具有法人资格；需要办理法人登记的，经核准登记后才能取得法人资格。

（二）事业单位法人的种类。我国的事业单位按其所属部门的不同主要分为：农林、水利、气象事业单位；工业、交通、商业事业单位；文教、科学、卫生事业单位；城市维护和其他事业单位。

按所有制形式，事业单位可分为全民所有制事业单位、集体所有制事业单位和民办事业单位。

按预算形式，事业单位可分为：金额预算事业单位——也称统收统支单位，即把事业单位的各项预算收入和支出，全部纳入国家预算，其支出全部由国家拨款，其收入全部上交国家；差额预算事业单位——也称差额补助或差额上交单位，即全面核算收入，以收抵支，收入不敷支出或收入大于支出的差额列入国家预算，不足的由国家补足，多余的上交国家；事业单位企业化管理——也称全收全支单位，即按企业办法进行管理，实行独立核算，自负盈亏；民办事业，国家补助——即国家对集体或民办的城乡文教卫生事业单位，在财力上给予一定的补助。

事业单位法人的分类与事业单位的分类和划分基本一致，大多数事业单位都具有法人资格，只有少数的事业单位依附于某个行政机关或其他组织，因而不具有法人资格。确定事业单位是否具有法人资格的依据与机关法人是相同的。

（三）事业单位法人的独立经费。独立经费也是事业单位法人从事社会事业活动的物质条件和进行民事活动的财产条件。与机关法人不同的是：

1.事业单位的经费不仅用于一般性的费用支出，也用于某些生产经营活动的支出，如农业、林业、畜牧业的事业支

出，工业、交通、商业等活动的支出。

2.事业单位的经费，不仅来源于国家的预算拨款，也来源于其事业收入，即事业单位在开展业务活动过程中，因向社会提供劳务、技术和产品，依据国家收费标准所取得的各项业务收入。这种收入有几项属于补偿性的，如公园门票、医院的门诊收入等。有的属于生产性的，如农场、校办工厂的产品收入、园林单位的苗木收入等。也有的属于服务性的，如科研单位的科技情报、勘测设计等业务收入。这些收入除按预算管理的规定上交国家以外，由事业单位作为其预算内或预算外经费使用，因而也构成其独立经费的一部分。按照1987年2月国家科委、财政部《关于科学事业费管理的暂行规定》，各种类型的科研单位将逐步实行技术合同制、基金制（如自然科学基金）、经费包干制等办法，解决经费来源。

（四）事业单位法人的民事权利能力

事业单位法人的民事权利能力与机关法人基本相同，但事业单位还具有一定范围的生产经营的权利能力，可以进行与其事业有关的生产经营活动，但进行这些活动的主要目的不是营利，而是向社会提供生产和生活的服务，满足人民日益增长的物质文化需要，同时也辅助国家实现其管理社会经济、文化的职能。因此，事业单位法人的生产经营活动应严格限制在与其事业有关的范围内，农林、水利、气象等事业单位只能从事农业、林业、水利、气象服务方面的生产经营。各种类型科研单位在保证完成国家任务的前提下，可以通过技术转让、技术咨询、技术服务、技术培训、技艺承包、技术出口、技术入股联合经营、成果推广和科研中间实验等科技活动取得技术性收入，也可在小批量试生产和从事

与科技发展相关的经营活动中取得合法收入。同时，取得这些收入必须根据收支相抵或适当营利的原则，按国家规定的标准收费。

需要特别说明的是，事业单位法人中有一种实行企业化管理，即使对未实行企业化管理的事业单位，国家也在提倡和要求其逐步向企业化管理的形式转化。这对于调动事业单位积极性，促使其改善经营管理，减少国家财政负担，扩大和发展各项事业具有重要意义。但这种事业单位仍与一般企业不同。其主要任务仍是完成其从事的事业，不得片面地追求利润，不得改变其业务内容，而只是在管理方式上按企业对待。

四、社会团体法人

（一）社会团体法人的概念和特点。社会团体法人是由若干成员为了共同目的而自愿结合组成的社会组织。除了企业法人、机关法人和事业单位法人以外，其他法人都可以归于社会团体法人。社会团体法人的特点是：

1.从事营利性经济活动和行政管理活动以外的其他社会活动。社会团体的活动范围十分广泛，有的社会团体有时也可以进行某些经济活动，但整个说来并非以营利为目的。

2.依法自愿成立。这也是从事社会活动的社会团体区别于事业单位的特点之一。各种社会团体在符合法律的前提下，都是由其成员基于一定目的自愿协商成立，而不是由法律或国家机关的行政命令创设，因此它是一种群众性组织或民间组织。社会团体的法人资格的取得方式与事业单位相同。

3.拥有独立财产或经费。大部分社会团体都是依靠自筹资金进行活动的。这一点也使从事社会公益活动的社会团体

与事业单位相区别。也有一部分社会团体基本上依靠国家拨款作为活动经费，如工会、共青团、妇联等。

需要指出，社会团体与社会团体法人并不等同，有些组织虽然是社会团体，但不具备法人条件，并不是社会团体法人。目前我国许多在财政上依附在某一行政机关或企事业单位的社会团体（又称内部团体），即不具备法人条件。虽然这些团体有自己的名称，但没有独立经费，其人员也大都是兼职，有的甚至没有专职机构、人员和专门工作场所，因此，这类社会团体并不是法人。

（二）社会团体法人的种类。按照1950年政务院颁布的《社会团体登记暂行办法》，以及目前的实践情况，社会团体可分为以下几种：

1.党派团体，包括民革、民盟、九三学社、民主建国会、民主促进会等民主党派。

2.人民群众团体。如工会、共青团、妇联、学联、青联、工商联等。

3.社会公益团体，如中国红十字会、残疾人基金会、宋庆龄基金会、茅盾文学基金会等。各种以财产捐助为基础成立的基金会组织即所谓的财团法人，都属于这类社会团体。

4.文艺、体育工作团体，如文联、电影家协会、足协、排协等。

5.学术研究团体，如哲学学会、金融学会、企业管理协会等。

6.社会经济团体，如各种行业协会（个体劳动者协会等），专业协会以及各种经济技术咨询机构等。

7.宗教团体，如天主教爱国会、佛教协会等。

8.爱好者团体，如集邮协会、钓鱼协会等。

9.其他社会团体，如老年人协会等。

由于我国的政治制度，党派团体和人民群众团体以及其他某些团体，往往具有国家机关的性质或执行国家机关的某些职能，其财务活动与国家机关的财务活动也基本相同，其人员列入国家行政编制，所需经费全部或部分由国家预算供给，但虽然如此，这些组织就其本身性质而言，仍属于社会团体。

（三）社会团体法人的独立财产（或经费）和民事权利能力。社会团体法人的财产或经费来源最为广泛，其中主要有以下几种：

1.国家预算拨款，党派团体和人民群众团体主要以此为经费来源，其他社会团体多数也是以此为经费来源，其中有些靠国家财政直接拨款，有的则由有关的行政机关和事业单位从预算经费中拨出一部分给它作为经费。

2.成员或其他社会组织的捐助或赠与。各种社会公益团体，一般以此为财产来源。其他社会团体往往也通过交纳会员会费的形式筹集经费。

3.社会团体的经营收入。某些社会团体在向社会提供技术、服务时，可以取得一定的收入。某些社会团体甚至也可以用其财产进行营利性投资，如儿童福利基金会可以将其财产投资营利，以维持和扩大其资助儿童福利事业的能力。

社会团体法人的民事权利能力与机关法人和事业单位法人基本相同。

第六节　联　　营

近几年来，在对内搞活、对外开放的方针指导下，全国

各地开展了各种各样的经济联合。

横向经济联合是经济体制改革的重要内容，是发展社会生产力的要求，它有利于打破条块分割的旧体制，冲破地区、部门、行业的限制，促进资源开发和资金的合理使用，促进商品流通和统一的社会主义市场的形成，促进科技进步和人才的合理流动，促进经济结构和地区布局的合理化。总之，它是社会主义商品经济的客观要求，是社会化大生产的必然趋势。联营是横向经济联合的主要法律形式。民法通则适应经济体制改革的需要，在第三章第四节对联营的主要法律关系作了具体规定，形成了我国民法特有的联营法律制度。它赋予联营关系以法律地位，为联营关系提供了法定的科学的模式，并明确了联营各方的权利、义务和责任，从而能够有效地保护联营和联营各方的合法权益，促进其健康发展，进一步推动横向经济联合。

一、联营的概念和特点

联营是指企业之间或者企业与事业单位之间，采取一定法律形式所进行的联合经营。联营有以下特点：

（一）联营关系是平等主体的企业之间或企业与事业单位之间的关系。联营首先必须有两个或两个以上的联合者。其次，联营是横向经济联合，联合各方都处于平等的地位。上级机关与下属企业之间或者企业之间依行政命令所形成的经济联系不属于联营的范围。联营关系的主体，即联合者只能是企业或事业单位。

（二）联营关系的建立是基于联营各方的意愿和自由协议。联营关系的存在和发展以及各方的具体权利义务亦由联营各方通过订立协议或章程确定。联营不得侵犯联合者的自主权，不得采取行政手段强制企业参加联合或拼凑所谓的经

济联合组织。

（三）联营的内容是联营各方协调一致的经营活动。联营的目的必须是进行经营活动，而不是行政管理活动或其他社会活动。这里所谓的协调一致，既包括各方共同从事某一种经营活动，如联合办厂、联合经销，也包括相互之间各自独立经营的专业化协作，如产品供应协作、技术协作等。

（四）联营必须采取一定法律形式。依据联合的紧密程度和组织结构的不同，民法通则将联营规定为三种形式：法人型联营、合伙型联营和协作型联营。这也就是通常所称的紧密型联营、半紧密型联营和松散型联营。联营各方可以根据各自的实际情况和需要自行选择。

联营，就其法律性质来说，是横向经济联合的法律形式。横向经济联合的形式多种多样，联合的程度各有不同。民法通则根据有关经济联合的方针政策，总结了近几年来横向经济联合的实际经验，把其中的三种主要联合方式用法律形式规定下来，并通过对联营各方权利、义务和责任的规定，对联营关系实行法律的调整。这样，联营关系就不仅是一种经济关系，同时也是一种法律关系或法律形式。

联营，就其法律结构来看，它既可以是一种企业或经济联合组织，也可以不形成新的企业组织，而仅是联营各方之间的一种特殊法律关系。因此，联营包括联营企业和协作性联合经营。

二、联营的基本原则

根据横向经济联合的有关政策和民法通则的规定，联营应坚持以下几个原则：

（一）自愿。联营是平等主体之间的联合，为最大限度地调动各方的积极性，联营必须坚持自愿原则。是否参加联

营和如何联营等事项，都应由联营各方协商决定。联营不受地区、部门、行业的限制，也不受所有制的限制。联营各方的上级机关或其他组织不得对联营施加强制和干预，不得侵犯联营各方的自主权。

（二）经济合理。联营应有利于挖掘现有企业潜力，提高产品数量、质量，提高经济效益，应有利于促进物资、资金、技术、人才等的合理流动和配置，有利于促进企业组织结构、产业结构和地区布局的合理化。因此，联营要有可行性论证，不仅要追求企业自身的经济效益，而且也要考虑到社会的宏观经济效益，不可一哄而起。

（三）互惠互利，共同发展。取得一定的经济利益，是联营各方参加联营的目的所在，因此，各方要按联营章程的规定，共享利益，共担风险，相互协作，共同发展。任何一方不得“吃掉”另一方，不得以联营为借口，搞“劫富济贫”，不能用行政手段把本应淘汰的企业与生产名优产品的企业捆在一起“吃大锅饭”。

三、联营的协调管理

联营，是在现存经济体制和所有制关系下所产生的一种新的经济形式，它的存在和活动不可避免地要与以往的经济管理体制和方式发生矛盾和冲突，因此，国务院在《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》中对涉及联营关系的计划管理、统计管理、物资管理、资金管理、税收管理等问题作了原则性的规定，以此为依据，财政部、中国人民银行、国家物资局、国家工商行政管理总局分别就各自管理范围内涉及的联营问题作了特殊规定，以协调对联营的全面管理，适应联营活动的客观需要。这些规定的主要内容如下：

（一）《经济联合组织登记管理暂行办法》，由国家工

商行政管理总局印发。它对经济联合组织，亦即联营组织的登记事项，包括紧密型（法人型）、半紧密型（合伙型）经济联合组织的特点、申请登记的条件和要求、章程记载事项、财产责任、名称、经营方式和经营范围、经济性质等作了具体规定。

（二）《中国人民银行关于搞好资金融通支持横向经济联合的暂行办法》，对横向经济联合的资金筹措、经济联合组织在银行的开户、为横向经济联合服务的资金市场的建立以及保证金融机构在支持横向经济联合中的自主权问题作了具体规定。

（三）《国家物资局关于经济联合组织的物资分配、供应和产品销售的暂行办法》，对物资部门如何配合横向经济联合、推动物资协作或流通，经济联合组织的物资分配、供应和产品销售等作了具体规定。

（四）财政部《关于国内联营企业若干财务问题的规定》，对参加联营的投资、财务核算、成本列支范围、利润分配等问题作了具体规定。

（五）《财政部关于促进横向经济联合若干税收问题的暂行办法》，对经济联合组织生产的产品和内部互供产品的征税、实现的利润征收所得税、技术转让收入征税等作了具体规定。

四、法人型联营

法人型联营是指联营各方以财产、技术、劳务等出资共同经营，组成新的具有法人资格的经济实体——联营企业。这是一种紧密的联合，实质上是一种典型的有限公司形式的联合，因而又称为紧密型联营或公司型联营。

法人型联营的特点是：

（一）参加联营的方式是出资。出资的对象可以是财产（包括实物财产、现金和自然资源等）也可以是技术，如先进的工艺、专有的技术和管理人员的服务等。还可以是劳务，即劳动力的提供，如派出一定数量的工人参加联营企业的生产经营活动。无论何种出资，都必须是共同经营活动所需要的。按财政部《关于国内联营企业若干财务问题的规定》，可用于联营投资的财产和资金主要有以下几种：现有的固定资产和物资；结余的企业基金、利润留成资金和税后留利；先进的专利技术和专有技术；地方掌握的机动财力；技措贷款。

（二）联营的内容是共同经营。即联营各方以出资作为经营条件，共同进行同一种或几种经营活动，如联合兴办产品制造工厂、联合设立产品经销机构等。

（三）联营的组织形式是企业法人。联营各方共同出资和共同经营形成经济实体，这种经济实体具有企业法人的地位。联营各方的出资构成该法人的必要财产。联营各方协商组成的管理机构是该法人的组织机构。这种经济实体完全独立于联营各方，能够独立享有民事权利、承担民事义务和民事责任。

法人型联营不同于企业的合并。企业的合并是由二个以上的企业合并为一个新的法人，原来的各个企业不再存在，而法人型联营虽然也组成了一个新的法人，但原来的各个企业，即联营各方仍然独立存在。

法人型联营企业的设立、变更和终止以及其权利能力、行为能力、责任范围等问题都适用企业法人的规定，其中包括联营法人以自己的财产独立承担民事责任。另外，对联营法人的成立程序，《经济联合组织登记管理暂行办法》还作

了具体规定："成立经济联合组织，应持所在地政府授权部门文件，向市、县工商行政管理局申请登记。"

法人型联营企业的内部关系由其章程予以规定，其中包括联营各方的权利义务、利益的分配和风险的承担、加入和退出的手续、管理机构的产生和管理人员的任免等。一般来说，各方的权利义务和责任应与其出资额相一致，联营各方应以其出资额对联营企业的债务承担责任。

五、合伙型联营

合伙型联营是指联营各方以财产、技术、劳务等出资共同经营，组成新的合伙企业。

合伙型联营，在参加联营的方式（出资）、联营的内容（共同经营）方面与法人型联营完全相同，所不同的是，合伙型联营的组织形式是合伙企业，而不是企业法人。

合伙型联营企业的设立、变更、终止及其权利能力和行为能力问题与法人型联营企业基本相同，所不同的主要是承担民事责任的范围。至于其内部关系，亦由联营协议或章程予以规定，各方的权利义务和民事责任既可以按出资比例确定，也可以完全按协议约定，但在任何情况下，各方都必须以自己所有或者经营管理的全部财产，而不仅以其出资额为限承担所负责任，依照法律的规定或者协议的约定，应负连带责任的，还应承担连带责任。

六、协作型联营

协作型联营是指联合各方按照合同或协议的约定相互协作，但又各自独立经营。这种联营，又称为松散型联营。

协作型联营的特点是：

（一）联营的形式是合同。即各方既不出资，也不组成新的经济组织，而只是在联营各方之间订立联营合同，规定

各方的权利义务。因此，它既区别于法人型联营，也区别于合伙型联营。同时，这种联营合同又不同于买卖、租赁、承揽等合同。在主体上，它一般有两个以上的企业、事业单位。在内容上，它不是就某一个标的的确定的数量达成具体的协议，而是就生产经营的某个方面或几个方面的协作达成总体性协议，如某种产品的长期供应，某种零配件的加工，某种技术的研究和提供等。因此在履行方式上，它不是即时履行或一次履行，而是在一定时期内通过随时订立的各种具体民事合同来履行。另外，在时间上，它具有长期性和稳定性，大都不定期限或期限较长，而不是临时性的短期合同或即时履行的合同。

（二）联营的内容是各方独立经营、相互协作。即联营各方并不共同进行同一的经营活动，而是根据自己的条件，相互提供产品、技术或相互配合进行生产经营活动，发扬各自的优势，弥补各自的不足。如原料生产企业与加工企业之间的协作，生产企业与科研单位之间的协作，工、农、商企业之间的协作等。

协作型联营是专业化协作的典型法律形式，由于它是在不扩大现有企业投资规模、不开办新企业的条件下进行的联合，目的在于充分挖掘现有企业的生产经营能力，因而在目前国家对固定资产投资有所控制的情况下，是更宜推广和发展的联营形式。目前出现的一些企业集团或企业群体，如东风汽车联营公司、重庆嘉陵集团等，主要成份都是实行协作型联营。在这些集团中，一部分企业以投资形式，即采取法人型或合伙型联营的形式参加集团，而绝大多数企业则是以协作合同形式参加集团。这种集团是多种经济成份、多种法律形式组成的综合经济体，集团本身不具有法人地位，具有

法人地位的是它的各个成员。

协作型联营各方的权利义务关系完全由合同约定，并适用法律对合同关系的一般规定，在民事责任方面，联营各方独立承担财产责任。

第三编　民事法律行为和代理

第五章　民事法律行为

第一节　概　　述

一、民事法律行为的概念和特征

人们的社会活动，总是通过人们各种各样的行为实现的。民法所研究的不是一般的行为，而是具有一定法律意义的行为。民事法律行为即为其中主要的一种。民事法律行为也称法律行为，民法通则第五十四条规定："民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。"

民事法律行为，属于法律事实的一种，并且是最普遍、最主要的一种法律事实。法律事实包括事件与行为两种。而事件毕竟是少数，大量的民事权利和民事义务都是通过人们的有目的、有意识的合法行为设定的。法人之间、公民之间、以及法人与公民之间的买卖、租赁、运输、借贷、保管、承揽等合同都是通过民事法律行为订立。公民立遗嘱、放弃继承、抛弃财产等也都是民事法律行为。

民事法律行为不同于其他法律事实的特征在于：

（一）民事法律行为是以意思表示为构成要件的行为，此种行为也称表意行为。所谓意思表示，是指当事人取得民事权利、承担民事义务的内心意志的外部表现。因此它包括两方面的内容。其一是当事人的内心意志或愿望，如某人来到一家商店想买一台电视机，某单位基建施工想寻找一家建筑公司。其二，这种内心意志必须通过一定方式（口头或书面等）表现出来使对方了解。如想买电视机要向售货员说明，想找建筑公司要公开招标或前往商谈。意思表示的两方面缺一不可，没有内心意志，就不会有行为，或者有行为也只能是无目的、无意识的。而没有外部表现形式，内心意志也就仅是一种心理活动，不能产生法律后果。

意思表示是民事法律行为的必备要件，没有意思表示，也就不是民事法律行为。有些行为虽然也能产生民事法律后果，但却不是民事法律行为，如拾得他人遗失的物品的行为，收到他人多付货款或多退余款，或者收到他人错发货物等不当得利行为，拾主或不当得利者虽因其拾得物品和不当得利而承担了相应的法律义务，但这种行为都不是有目的、有意识地进行的。

意思表示是民事法律行为的构成要件，但不是唯一的要件，不等于法律行为的本身或全部。某些情况下，只有当事人一方的意思表示，法律行为即能成立。如立遗嘱、抛弃财产、追认等。但大多数情况下，必须有当事人双方的意思表示一致，法律行为才能成立，各种合同即为如此。合同是双方的协议，一方提出订立合同，另一方必须表示同意，合同才能成立。同时，有些民事法律行为，只有当事人意思表示一致还不能成立，还必须要求当事人履行了其他行为后才能成立。比如保管合同，必须将保管的物品交给保管人后合同才

成立；买卖房屋、自行车、机动车等必须到有关机关办理登记后才能生效。因此，理解民事法律行为必须注意，它不一定是一个行为，也不一定只是一个人的一次行为，而可能是几个人的多次行为，这些能够最后产生民事后果的行为的总和构成一个完整的民事法律行为。

（二）民事法律行为是取得了行为人预期的民事后果的行为。民事法律行为必须有取得民事权利、承担民事义务的目的性，这一点已经包含在上述意思表示的特征中。第二个特征所表明的是民事法律行为必须是发生了法律后果的行为，而这种后果又是与行为人的目的相一致的。比如某单位要买轿车，通过订立买卖合同，最后得到了一辆轿车。如果只有某种目的，但未产生任何法律后果，或者虽产生了法律后果，但却与行为人预期的法律后果不一致，此种行为即不构成法律行为。比如上例买轿车的行为，如果最终没有人愿意或能够将轿车卖给该单位，或者虽然卖给该单位一辆汽车，但却因误解而卖给一辆载重汽车，这种行为即不是民事法律行为。民事法律行为的这一特征使它区别于一方提出要求，另一方未予同意，从而未产生法律后果的意思表示行为和侵权行为。侵权行为虽产生了侵权行为人承担赔偿他人损失的法律后果，但此种后果并非行为人所预期的。侵权行为人的目的是为了实施其他行为或者就是为了侵犯他人的利益，但决不是为了赔偿他人的损失。

（三）民事法律行为是合法行为。只有行为人的意思表示和预期的后果也不一定是民事法律行为，民事法律行为还必须是符合法律和社会公共利益的行为。民事法律行为之所以产生法律后果，在于得到了国家法律的确认和保护，而法律不可能保护与自身相冲突的行为，因而民事法律行为

必然是合法行为。违法行为不仅得不到法律保护，甚至要受到法律制裁，当然也就不能达到行为人预期的目的。所谓的违法，主要指行为的内容违法。

（四）民事法律行为是具有法律约束力的行为。法律约束力，是指受法律的确认和保护，当事人不得违反。说到法律行为，必然是具有法律约束力的行为。民法通则第五十七条对此作了明确规定："民事法律行为从成立时起具有法律约束力。行为人非依法律规定或者取得对方同意，不得擅自变更和解除。"而其他行为，比如欺骗或胁迫他人进行的民事行为，法人超越其经营范围进行的民事行为，则不具有法律约束力。

二、民事行为的概念和分类

在民法通则中，除民事法律行为的概念外，还有民事行为的概念，因此还必须弄清楚什么是民事行为，它与民事法律行为是什么关系。

民事行为，是公民和法人所进行的能够产生民事法律后果的行为。民事行为与民事法律行为的区别在于：其一，民事行为不一定有设立、变更和终止民事权利和民事义务的意思表示或目的；其二，民事行为也包括非法的行为。民事行为的核心在于它能产生民事法律后果，这也是它具有法律意义，并与民事法律行为比较接近的主要因素。

依据不同的标准，民事行为可作如下分类：

（一）依行为的方式不同，可分为作为与不作为。作为，是指进行某些行为，也称积极的行为。如口头表示订立合同，将商品交给买主，完成工程设计等。不作为，是指不为一定行为，也称消极的行为，如铁路运送的货物到期无人认领，即为货主的不作为。银行接到通知某单位付款的通知

书，而该单位在一定期限内未作拒付表示，即应认为其以作为方式表示已同意付款。作为与不作为都能产生相应的法律后果。民事法律行为可以是作为的、也可以是不作为的民事行为，不作为的民事法律行为的意思表示采取特殊形式。

（二）依行为的法律后果是否符合行为人的预期目的，分为民事表意行为和民事事实行为。民事表意行为，即有意思表示且意思表示与行为的法律后果一致的行为，民事法律行为即为民事表意行为。民事事实行为，是指本无产生某种民事后果的意思但却引起了这种民事后果的行为。如拾得遗失物而产生返还的义务，因主动代管他人物品或房屋的无因管理行为而产生的要求他人支付必要费用的权利等。这两种情况下，行为人的目的都不是为了承担返还义务或取得要求支付费用的权利。产生赔偿损失法律后果的侵权行为也是民事事实行为。

（三）依行为是否符合法律规定，可分为合法的民事行为和非法的民事行为。合法民事行为即不违反法律禁止性、限制性规定的民事行为。反之，即为非法的行为。

（四）依行为的法律效力，可分为有效的民事行为、无效的民事行为和可撤销的民事行为。有效的民事行为，即具有法律效力的民事行为，民事法律行为是其中最主要的一种。无效的民事行为是因不具备民事法律行为的有效条件，因而当然无效，不能产生行为人预期民事后果的行为。可撤销的民事行为指不完全符合民事法律行为的有效要件，当事人可以请求人民法院予以变更和撤销，而在提出这种要求前仍然有效的民事行为。

三、民事法律行为制度的意义

民事法律行为的学说，起源于19世纪的德国。其后，这

一学说逐渐为许多国家的民事立法所接受，形成了民法上的民事法律行为制度。

民事法律行为的规定本身是对各种具体民事行为的高度抽象或概括。早期的民法，没有对民事法律行为的统一的原则性规定。只有对各种具体民事行为，包括行使所有权的行为、契约行为、侵权行为等的规定。民事法律行为制度是在综合各种具体民事行为，抽出其中的共同性特征并对其进行适当分类后建立起来的。民事法律行为是最主要的一种法律事实，也是最主要的一种民事行为。因而这一制度的规定在民法中具有重要意义。

首先，它提供给人们进行民事活动的行为标准。有了这个标准，人们在进行各种具体民事活动时，就会使自己的行为符合法律的要求。

其次，它鼓励和保护了合法行为，防止和限制了非法行为。民事法律行为的合法性要求，使得人们能够自觉地遵守法律的规定。

第三，它有助于弥补具体法律规定的缺漏和不足。法律不可能事无巨细，将所有具体民事法律行为都规定于法律条文中，而在没有明文法律规定情况下，可以根据民事法律行为的一般要求进行民事活动。

第二节　民事法律行为的分类

按照不同的标准，可以对民事法律行为作不同的分类：

（一）单方民事法律行为，双方民事法律行为和共同民事法律行为。单方民事法律行为是指由当事人一方的意思表示即能成立的民事法律行为，它的特点是无需对方同意，即产

生法律后果，如立遗嘱、债权人免除债务人的债务等。双方民事法律行为是指基于双方意思表示一致才能成立、意思内容相互对应的民事法律行为。所谓意思内容相互对应，是指双方的意思内容并不相同，但却相互联系，一方的意思以另一方的意思作为目标或目的。如买卖关系中，一方想买某种商品，另一方想卖某种商品；租赁关系中，一方想出租，另一方想承租。共同法律行为是指基于双方或多方意思表示一致才能成立，意思内容相同的民事法律行为。它与双方法律行为的区别在于当事人可能有二方以上，意思内容又是完全相同的，即当事人都追求同一的法律后果。如合伙行为、法人之间的联营行为。双方民事法律行为和共同民事法律行为，需要二方以上当事人意思表示一致才能成立，所以又称合同行为。

（二）诺成性民事法律行为和实践性民事法律行为。诺成性民事法律行为是指当事人作出意思表示或意思表示一致即告成立的民事法律行为，它的特点是一经允诺即告成立。对于单方民事法律行为，只要当事人作出意思表示，法律行为即成立，如遗嘱人立了遗嘱，即具有法律效力。对于双方或共同法律行为，只有当事人意思表示一致，法律行为才成立，如买卖合同，虽没交付货物和付款，但只要达成买卖协议，即不得毁约。承揽、租赁、科技协作合同亦如此。所谓实践性民事法律行为是指除了当事人意思表示一致，还需交付实物才能成立的民事法律行为。这种行为也叫要物行为。如借贷、保管、赠与合同等。如果一方答应赠与对方一台收录机，在交付收录机前反悔，并不负违约的法律责任，因为法律行为还没成立。

（三）要式民事法律行为和不要式民事法律行为。要式民事法律行为指必须采取一定的方式才能成立的民事法律行为

为，如房屋、自行车买卖必须到房管部门、交通部门办理过户手续后买卖关系才生效，未采取这种形式的私下买卖，法律不予承认和保护。不要式民事法律行为指无需采取特定形式即能成立的民事法律行为，究竟采取何种形式由当事人自由选择，如民间借贷合同。

（四）有偿民事法律行为和无偿民事法律行为。有偿民事法律行为指一方履行某种义务时，对方给予相应利益的民事法律行为。绝大多数民事法律行为都是有偿的，如买卖、供应、农副产品收购、租赁等。无偿民事行为指一方履行某种义务时，并不要求对方给予相应利益的民事法律行为。赠与合同即为最典型的无偿民事行为。有些民事法律行为既可以是有偿，也可以是无偿的，如借贷、委托、保管、服务等。

（五）主民事法律行为和从民事法律行为。主民事法律行为是能够不依赖其他民事法律行为而独立存在的民事法律行为。确定合同的违约金、提供债的担保（保证、定金、抵押等）都是从民事法律行为。如抵押贷款中，订立贷款合同是主民事法律行为，而提供抵押担保则是从法律行为，贷款合同消灭、抵押担保也就消灭。

除上述分类外，还有独立民事法律行为和辅助民事法律行为，要因民事法律行为和不要因民事法律行为，物权民事法律行为和债权民事法律行为等分类。各种分类的意义和作用在于更深刻地理解各种民事法律行为的性质和特点，更准确地判断其是否成立和有效，其权利义务的内容如何。

第三节　附条件的和附期限的民事法律行为

一、概念

民事法律行为一般从成立时起生效。但有的成立时并不生效，而是在具备一定的条件或到达一定的期限时才生效。已经生效的民事法律行为一般是在履行了义务，实现了权利之后失去效力，但也有的是在此之前，具备一定条件或到达一定期限时即失去效力。这种附加一定条件或期限来决定其效力发生或消灭的民事法律行为，即称为附条件的民事法律行为或附期限的民事法律行为。例如某机关与某建筑公司商定，如果修建办公楼房的基建计划被上级批准，即将工程发包给该公司。此时双方之间的基建承揽合同已经成立，但并未生效，而是要等到计划被批准后才能生效，如果计划未得到批准，该合同也就不发生效力。该机关也无需承担违约责任。这就是附条件的民事法律行为。又如：银行与某企业订立的贷款合同，规定贷款期限为1年，此时法律行为已经生效，而1年期限到来时，贷款合同即解除，法律行为失去效力。这就是附期限的民事法律行为。

这里要注意什么是法律行为的成立、什么是法律行为的生效和失效以及什么是法律行为的法律约束力。法律行为的成立是指当事人的行为已经具备了某种法律行为的要件，如单方法律行为的一方当事人已作出意思表示，双方法律行为的双方当事人已作出一致的意思表示。法律行为的生效或失效是指法律行为所要设定的权利义务的产生或已经设定的权利义务的消灭。法律行为的约束力则是指当事人一经实施法律行为，即负有一定的义务，不得随意行为。民法通则第五

十七条规定：民事法律行为从成立时起具有法律约束力。这种约束力应该包括两个方面，一是法律行为生效后的权利义务对当事人的约束，二是法律行为生效前对当事人的约束。前一种约束力的产生即为法律行为的生效；后一种约束力一般存在于附条件和附期限的法律行为中。

二、条件和期限的特点

民事法律行为所附的条件是一种特定的情况，它可以是不受人的意志支配的事件。如在“今年如果干旱，该生产队就买该工厂的水泵”的协议中，“天气干旱”就是一种事件性质的要件。条件也可以是人的某种行为，如在“如果该单位出国考察，银行就向其提供一笔外汇贷款”的协议中，“出国考察”就是一种行为性质的条件。但是，并非任何情况都能作为条件，作为条件的情况必须具备以下几个特点：

（一）必须是将来才能发生的情况。已经发生的情况不能作为条件；

（二）必须是将来可能发生、也可能不发生的情况。将来一定发生或一定不能发生的情况不能作为条件。如人的死亡、冬天的到来等。

（三）必须是当事人自己商定，而非法律规定或法律行为本身性质所决定的情况。如《经济合同法》第二十七规定的几种引起经济合同变更或解除的情况就是法律规定的情况，不能作为条件。又如，保险合同是以保险事故的发生作为赔偿的依据，未发生保险事故，就不赔偿，这种事故也不能作为条件。

（四）必须是合法的情况。与法律、社会公共利益相违背的情况不能作为条件，如以实施犯罪行为作为赠与的条件。

民事法律行为所附的期限是一种特定的时间或期间。如

×年×月×日，1年、2年、5年等。另外，也有一种期限是以某一必然发生的情况来确定，如儿童成年、夏天到来。期限的到来也是一种将来发生的情况。与条件不同的是，期限是能够预见并且一定发生的情况。

三、条件和期限的种类

根据条件和期限对法律行为的效力所起的作用可以将其分为两类：

（一）延缓条件和期限。它对民事法律行为的效力起着推迟发生的作用，即在条件成就（肯定延缓条件）或不成就（否定延缓条件）或期限到来时，民事法律行为发生法律效力。如出版社与作者商定，作品征订数如达到1万册就出版，否则不出版。这就是附延缓条件（肯定）的出版合同。又如某单位与煤厂订立煤炭供应合同，在冬季供暖之前煤厂应按合同订明的数量向该单位发运煤炭，这就是附延缓期限的供应合同。

（二）解除条件和期限。它对民事法律行为的效力起着终止的作用，即在条件成就（肯定解除条件）或不成就（否定解除条件）或者期限到来时，已生效的民事法律行为失去效力。如某宾馆与旅客商定，同意旅客住在宾馆，但如果有接待会议任务，则须按要求腾出。这就是附解除条件的旅店服务合同。

四、附条件和附期限的民事法律行为的约束力

条件和期限起着延缓或终止民事法律行为效力的作用，因而当事人不得以不正当手段促成或阻碍条件的成就，也不得侵害对方因期限到来而得到的利益。这就是附条件和附期限的民事法律行为的一种特殊效力。如果当事人恶意促成了条件的成就，视为条件不成就，如果恶意阻碍了条件的成

就，则视为条件成就。同时，如果因此给对方当事人造成了损失，应予以赔偿。例如，双方当事人订立运输合同，承运人答应如果运输任务不满就安排给托运人运输货物，但承运人为了推掉这一合同，却另外承接新的运输任务，从而阻碍"任务不满"这一条件的成就，这种情况下即视为条件成就，承运人应履行运输义务，如因延缓而给托运人造成损失应予以赔偿。

第四节　民事法律行为应当具备的条件

民事法律行为既是一种合法的具有法律约束力的民事行为，因而必须符合法律规定的条件，民法通则第五十五条对此作了明文规定。民事法律行为要产生当事人预期的法律后果，必须符合下列条件，因此它们又称为民事法律行为的有效要件。这些条件是：

一、行为人具有相应的民事行为能力

行为人应具有民事行为能力，即行为人要合格。民事法律行为以意思表示为基本特征，这就要求行为人必须具有进行意思表示的能力，须能够认识自己行为的性质，预见和判断自己行为的法律后果。因此，进行民事法律行为必须具有相应的民事行为能力。对自然人来说，完全行为能力人可以进行一切民事法律行为，无行为能力人原则上不能进行民事法律行为。对法人来说，其行为能力范围也就是其核准登记的经营范围和依法确定的职责范围，法定代表人或法人的代理人必须在这一范围内代表法人进行民事法律行为，否则即不具有民事行为能力，如党政机关、事业单位经商、办企业等。

同时，作为合格的行为人，还须是有权实施该民事法律行为的人，如果该行为是对某种标的物进行处分，行为人必须享有处分权。如出卖房屋者必须是房主，而不能是承租人。

二、意思表示真实

意思表示真实，即行为人意思的外部表示与其内心一致。在正常情况下，行为人的内心意志与外部表示是一致的，但在某些情况下，由于主观和客观的原因，也会使二者不一致。这种不一致，有的是行为人自身的原因造成的，如重大误解。也有的是由他人的原因造成的，如因被迫执行上级的行政命令而为。意思表示不真实，一般来说都是由于意思表示的不自愿，这种不自愿包括行为上受外力强迫或影响而违心地作出意志表示，也包括因自身认识错误而作出意思表示，这种意思表示虽然表面上看是自愿的，但实质上不是自愿的，如果行为人认识正确，就不会作出如此的意思表示。

三、内容不违背法律或社会公共利益

这里的内容合法包括三个方面：

（一）行为本身合法。有的行为不论其基于何种动机和目的，只要实施即属违法。如赌博行为、高利贷行为、倒卖紧俏商品、公开放映黄色录相、买卖计划供应票证。

（二）行为目的合法。有的行为虽然本身是合法的，但基于非法目的而实施时亦构成违法。如为了进行投机倒把而向银行贷款，为了控制市场价格、牟取暴力而大量套购某种商品等。

（三）行为标的物的流转合法。有的物品属于禁止流转物或限制流转物，以此为标的的行为，非经许可即属于违法。如买卖、赠与、保管淫秽读物、录音、录像带，毒品、武器

等行为。土地使用权可以有偿转让，但买卖土地即属违法。

第五节　民事法律行为的形式

民事法律行为的形式就是意思表示的形式，即当事人以什么样的方式将自己的内心意思表现于外部。在双方法律行为中，以什么样的方式达到意思表示的一致，民法通则第五十六条对民事法律行为的形式作了具体规定："民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。"由此，民事法律行为的形式可分为三类：

一、口头形式

口头形式，即用口头语言进行意思表示。口头形式包括许多方式，如口授、面谈、电话交谈、录音录像表示等。口头形式的优点是简便、直接、明了、迅速，缺点是"空口无凭"，证明力弱，发生纠纷时不易查明事实。因而它一般适用于公民个人之间的、标的数额较少的，即时了结的民事法律行为。某些特殊法律行为也常采取口头形式。如西方国家的证券交易所由于其业务的特殊性，在经纪人和股票持有人之间也常用口头形式委托进行股票的买卖，商品交易中经常提到的"拍板成交"也是一种口头形式。另外，在紧急情况下实施的民事法律行为也可采取口头形式，如我国继承法第十七条规定："遗嘱人在紧急情况下，可立口头遗嘱。"

二、书面形式

书面形式，即用文字进行意思表示。书面形式也是多种多样的，合同书、书面遗嘱是最常用的形式。此外，信件、

电报、电传、发货票、车票、提单、运单等，只要能证明当事人意思表示内容的文字都属于书面形式。书面形式，法律规定必须签名、盖章的，只有签名盖章后方为有效，否则无效。书面形式的特点是明确肯定，“有案可查”，证明力强，对于查证当事人的意思表示内容，防止和解决纠纷具有重要作用。因此，较为重要、数额较大而又不能即时清结的民事法律行为一般都采取书面形式。我国经济合同法第三条规定：“法人之间的经济合同，除即时清结者外，应当采取书面形式。

三、公证式鉴证形式

公证是国家公证机关对法律行为、有法律意义的文书和事实的真实性、合法性进行的证明。各种法律行为，包括合同、委托、遗嘱、赠与、分割财产和收养等都可以作为公证的对象。而这些法律行为的意思表示既可以是书面形式的，也可以是口头形式，但公证本身则必须采取书面形式，即制作公证文书。这种公证文书又称为法律行为的特殊书面形式。鉴证与公证在作用上是相同的，其区别只是鉴证的对象一般是书面合同，鉴证的机关是工商行政管理机关或其他有关主管机关。公证和鉴证这两种形式的特点是要求严格，具有更强的证明力。发生民事纠纷时，经过公证的事实一般无需再予调查和证明。法律行为是否采用公证或鉴证形式，一般由当事人自行决定，法律不予强制。但某些情况下，法律规定某种法律行为必须经过公证的，则必须办理公证，否则该法律行为即不成立。目前除个别事项外，尚无全国性的强制公证的规定，但有些地方的政府部门对某些事项的公证作了强制要求。

这里应注意公证与认证的区别。认证是外交领事机关在

公证证明文件上，证明公证机关或认证机关的最后一个签名或盖章属实，目的是为了在一国境内已公证的证明文件，能被另一国境内的有关当局所承认。

四、登记形式

即当事人的意思表示经有关机关的审核登记。登记是国家对民事活动进行监督和管理的一项措施，同时也是证明当事人意思表示的最有力的形式。因此它一般运用于一些特殊的民事法律行为。如：结婚、房屋转让过户、车辆买卖、工商企业成立等。这些法律行为非经登记，不能产生法律效力。

五、默示形式

默示即通过行为人作为或不作为的间接方式表示自己的意思。它又可以分为两种方式：

（一）推定行为。即行为人以一定的行为表示自己的意思，他人根据其行为，可以推定出其意思。例如：出租人在租赁合同期满仍然接受承租人交付租金的行为，表达了承租人愿意继续承租，出租人同意继续出租的意思。又如：乘车人在公共汽车站等待的行为表达了其要乘车的意思。当然，推定不能任意，而必须符合法律要求和惯例。

（二）沉默。即当事人不进行任何行为，而以沉默表示自己的意思，他人根据其沉默可以推定出其意思。如我国继承法第二十五条规定："继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。"又如产品购销合同履行后，买方在规定期限后未对产品质量提出异议，即推定其认为产品质量合格。当然默示也必须有法律的明文规定作为根据。

第六节　民事行为的无效和撤销

民法通则规定了民事法律行为应当具备的条件，具备这些条件的民事行为即为民事法律行为，而不具备或欠缺这些条件，即引起民事行为的无效或撤销。

一、无效的民事行为

无效的民事行为指不具备民事法律行为的条件，因而不产生法律效力的民事行为，不需任何人要求即当然无效。属于无效民事行为的有：

（一）不具备相应民事行为能力的人实施的民事行为，其中包括：

1.无民事行为能力人实施的民事行为；

2.限制行为能力人实施的依法不能独立实施的行为；

3.对标的物无处分权的人实施的民事行为；

4.代理人超越代理权实施的民事行为；

5.法人超越其职责范围或经营范围实施的民事行为。

（二）意思表示因他人的过错而不真实的民事行为。意思表示不真实可能由他人的过错行为所致，也可能由自身的原因所致，而只有在前一种情况下，才构成民事行为的无效。具体情况包括：

1.因受欺诈而为的民事行为。指一方当事人故意捏造虚伪情况或者隐瞒真实情况，使对方陷入认识错误而作出意思表示。如声称自己的产品有某种性能、达到某种指标而实际上并没有；出售的商品有毛病而不向买方作出说明，已经使用多年而谎称使用不久，已经修过多次而谎称从未修过；出卖的房屋已被列入征用计划而不告知对方。近年来，“皮包公

司”、“二道贩子”所进行的“买空卖空”行为亦属欺诈性的行为。

2.因受胁迫而为的民事行为。指一方当事人对另一方施加精神或肉体的强制或压力，使其被迫作出意思表示。如以武力或将对方置于昏迷状态而使其签名盖章；以威胁其生命、财产安全或揭发隐私而逼其同意；以行政地位或权力迫使对方同意等。

3.乘人之危而为的民事行为。指一方当事人利用对方处于危难状态，使其违背真实意志而作出意思表示。如利用对方急于用钱抢救病人或治病，而以不合理的低价买下其房屋或其他物品；利用对方急需某种物品而高价出售等。

4.恶意串通，损害国家、集体或第三人利益的民事行为。这种行为表面上是正常的，但实际上当事人双方都在追求行为之外的其他非法利益，其结果是使国家、集体或第三人利益受到损害。如某商店负责人接受亲友的送礼而以不合理的折价向其出卖处理商品。

（三）内容违法的民事行为，其中包括：

1.违反法律和社会公共利益的行为。我国经济合同法第七条规定，违反国家利益和社会公共利益的经济合同无效。

2.违反国家指令性计划而进行的某些合同行为。属于国家指令性计划内的民事流转，必须按计划签订合同，否则即属违法。我国经济合同法第七条也规定，违反国家政策、计划的合同无效。有些农村组织和社员在完成国家农副产品预购合同之前即将其产品拿到市场上高价出售，亦属违法行为。

3.以合法形式掩盖非法目的而为的民事行为，此种行为亦称规避法律的行为。它表面上合法，实质上违法。例如内地厂家与港商订立来料加工合同，其目的不是为对进口原料

加工后返销出口，而是在当地高价出售，从而逃避进口关税，这实质上是一种走私、贩私活动。又如以开办新的集体企业为名，谋取国家对这种企业的税收优惠。

二、可撤销的民事行为

指由于意思表示不真实而可以由当事人要求变更或撤销的民事行为。这种行为在变更和撤销前具有法律效力，只是处于一种不稳定状态，如果当事人提出请求，人民法院或仲裁机关即应予以变更或者撤销。所以，可撤销的民事行为又称相对无效的民事行为。而“被撤销的民事行为从行为开始起无效”（民法通则第五十九条）。属于可撤销的民事行为有以下两种：

（一）行为人对行为内容有重大误解的民事行为。所谓重大误解，是指行为人对行为的标的物、行为的性质或行为的对方当事人发生了严重的错误认识。如把临摹的艺术作品当成真品，把卡车当成轿车或把面包车当成小轿车（标的物误解）；或者把租赁当成买卖，把借用当成赠与（行为性质误解）；或者把甲误为乙，把代理人误为当事人（当事人误解）。误解与前述欺诈的民事行为的相同点是当事人都出现了认识的错误，其区别在于欺诈是由对方的过错行为所致，而误解是由于行为人自身的过失或客观条件限制所致。

需要指出，构成重大误解的，不是一般的错误认识，必须是对民事行为内容有实质性影响的错误，前述对方当事人的误解、行为性质的误解一般都属于重大误解，而对标的物的误解是否构成重大误解则要根据具体情况确定。另须说明的是，误解是指对行为内容的误解，而不包括对行为动机的误解。例如某一业务员认为本单位需要煤炭，实际上需要的是焦炭，这种情况都不属误解。

（二）显失公平的民事行为。指行为内容对一方明显不利且违背该方意志的行为。这里包括明显不利和违背意志两个方面，仅对一方明显不利而不违背该方意志的行为不属显示公平的民事行为，如赠与、无偿保管、借贷、运输、以极低价格出卖等。导致显示公平的民事行为的原因可以是由于对方的过错，这主要是对方利用自己的某种优越地位或利用另一方的某种需求而使其接受明显不利的条件，如利用自己拥有名牌产品或紧缺物资而签订"霸王合同"，依仗自己对某种商品的独家经营使对方接受苛刻条件。这种行为也可以是由于行为人自身的原因或客观条件限制造成，例如某人代表单位洽谈合同，由于没有经验，不会讨价还价，结果订立的合同明显严重地不合理。

显失公平的民事行为与乘人之危的民事行为很类似，二者的相同点是对一方明显不利。乘人之危的民事行为也必须是对一方明显不利，否则，虽被迫进行，不应认为是乘人之危。二者的区别在于乘人之危的受害一方处于危难状况，而显失公平的不利一方可能处于某种不利地位或状态，也可能不存在这种情况。其次，乘人之危，对方有损害他人利益的故意，受害方也充分认识到了这种损害，而显失公平则可能一方或双方都未认识到这种不公平，而是事后才认识到。总之，乘人之危必然是显失公平，但显失公平不一定是乘人之危。

可撤销的民事行为并非可以任意撤销，而必须按法定程序进行。首先，只有利害关系人即受害方或不利方有权提出变更或撤销的请求；其次，这种请求必须在一定期间（诉讼时效期限）内提出，否则即变成有效的民事行为；第三，必须由人民法院或仲裁机关作出判决或裁定。

以上两种可撤销的民事行为，都属于意思表示不真实的

民事行为，虽然在表面上它们基本上是当事人自愿地作出意思表示的，但实质上则是违背当事人的真实意志的。但是，这种意思表示不真实主要不是由于对方的过错行为，而主要是由于行为人自身的原因，因此这种行为不是无效的民事行为，而是可撤销的民事行为。如果意思表示的不真实完全是由于对方的过错所造成，即前述因欺诈、胁迫等而为的民事行为，则构成无效的民事行为。

三、民事行为无效或撤销后的法律后果

对于民事行为无效或撤销应注意两个问题：

第一，民事行为是全部无效还是部分无效。在具体的民事行为中，可能存在着合法与非法的两个部分，其中有的部分无效，另外的部分仍具备独立存在的条件和意义。为此，民法通则第六十条规定："民事行为部分无效，不影响其他部分的效力的，其他部分仍然有效。"这种规定是为了维护当事人的合法利益，减少浪费。例如某单位业务员代表本厂订立了一份订货合同，其中规定了先由该厂向对方预付部分货款，而这一条款的订立属于业务员越权，为此该厂立即通知对方，预付款条款不予承认，对方亦未作异议。此种情况即属部分无效，即预付款部分无效，而定货合同仍有效。又如搭售劣质滞销商品，其搭售的部分无效。其余部分仍然有效。

第二，无效民事行为和可撤销的民事行为都从行为开始起无效。无论宣布无效时，民事行为已进行到哪个阶段，是尚未履行还是已经履行，均从行为开始起无效，即当事人各方应有的权利义务均按实施民事行为前的状况确定。因民事行为取得的利益应予返还，民事行为遭受的损失应得到赔偿。

对于无效和被撤销的民事行为的处理，应根据不同情况

采取不同的方式，这些方式包括以下四种：

（一）返还财产。即当事人因该民事行为而取得的财产应返还于对方。这种情况又分为双方返还和单方返还。双方返还指双方同时返还从对方取得的财产，这种方式一般适用于由于重大误解和行为人无相应民事行为能力而为的民事行为。单方返还指一方返还从对方取得的财产，另一方不返还或将不应得的财产依照有关规定处理。这种方式一般适用于因欺骗、胁迫和乘人之危时一方过错而为的民事行为。

（二）赔偿损失。即如果该民事行为给当事人造成了损失，有过错的一方应赔偿因此造成的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任，即按过错的大小和双方损失的多少确定是否赔偿和赔偿的数额。例如因重大误解而为的买卖行为，可能双方都有过失，一方应主动告知商品的瑕疵，对方也应主动检查商品的质量，但双方都因过失而未注意，这种应属双方过错，如造成双方损失，双方应各自承担一定责任。

（三）强制收购。即由国家对民事行为的标的物依规定价格或降低价格强行收购。这种方式一般适用于内容违法但情节较轻的无效民事行为。例如违法倒卖汽车、钢材等紧缺生产资料。

（四）收归国家或集体所有。即将民事行为的标的物收归国家和集体所有。这种方式一般适用于内容违法，且情节比较严重或严重侵害他人利益的欺诈、胁迫行为。这种情况也要根据具体情况，或者收缴双方财产，或者收缴一方财产。

第六章 代　　理

第一节 概　　述

一、代理的概念和特征

公民和法人进行民事活动，实现其权利能力，无非通过两种形式，一种是亲自进行，另一种则是由他人代为进行，后一种方式即形成民法中的代理关系。民法通则第六十三条规定："公民、法人可以通过代理人实施民事法律行为。"

所谓代理，就是代理人在代理权限内，以被代理人名义实施民事法律行为，由此产生的民事权利、义务直接由被代理人承受。例如，北京一市民继承了位于上海的一处房产之后，想将该房产卖出，但他不了解上海私房买卖行情，也无时间办理房屋买卖的具体事务，于是便委托在上海的一个亲属，替他办理出卖房屋的事宜。该亲属便找到合适的买主并以房屋所有人的名义与买主签订房屋买卖合同，然后将房款汇给房屋所有人。代理具有以下几个特征：

（一）代理人以被代理人的名义进行活动。一般来说，在民事活动中，以谁的名义进行活动，谁就是法律关系的主体，谁就是权利义务的承受者。代理活动既是替被代理人进行的活动，因此必须以被代理人的名义进行。洽谈合同和签订合同时，都必须使用被代理人的姓名或名称。代理行为的这一特征使它与行纪行为相区别。行纪行为是行纪人以自己的名义，为他人办理委托事务并收取酬金，如信托商店、旧货商店从事的收购和出售业务，房产或股票买卖的经纪行为。

（二）代理人的活动是具有民事法律后果的行为。并非

任何代表他人进行的活动都是民法上的代理，而只有代表他人进行的能产生一定民事法律后果的行为才是代理。这种行为通常都是民事法律行为。而代理他人查阅某种情况，代别人问好，代理某一职务等，都不是民法上的代理，它们有的也能产生某种法律后果，但不是民事法律后果。

（三）代理人在代理权限内独立作出意思表示。代理行为都是具有意思表示的行为，这种行为虽以被代理人的名义进行，但意思表示却是由代理人作出。代理人在授权范围内、有权决定是否或如何设立、变更或消灭民事权利和民事义务。代理的这一特征，使它与居间、传达等行为相区别。居间，也称介绍，它是介绍双方设立或变更某种法律关系，起中介作用。传达，是将一方当事人的意思表示传达、转告另一方当事人。这两种行为的行为人都不需要、也不能够独立作出意思表示。

（四）代理行为的法律后果直接由被代理人承受。代理人既是为被代理人的需要，以被代理人的名义进行民事行为，其行为即视为被代理人的行为，其法律后果即代理行为所产生的权利和义务当然应由被代理人承受。这种法律后果包括对被代理人有利的后果，也包括对被代理人不利的后果。实践中，常常出现被代理人对自己有利的就接受、不利的就拒绝接受的现象，这是不符合代理规定的。

代理是三方当事人之间的一种特殊民事法律关系。三方当事人是指代理人、被代理人和第三人。代理人是代表他人进行民事活动的人，被代理人是由代理人代其进行民事活动的人，第三人则是与代理人进行民事活动，并最终与被代理人之间形成权利义务关系的人。因此，代理关系包含了三种关系，即代理人与被代理人的关系（委托授权关系、法定监

护关系或指定代理关系）、代理人与第三人的关系和因代理人的代理活动所形成的被代理人与第三人的关系（通常是合同关系）。其中前一种可称为内部关系，后两种可称为外部关系。

代理既是一种民事法律关系，也是一种民事法律制度。民法对代理的各种规定即形成代理制度。代理制度与民事法律行为制度密切相连。代理人代为进行的主要是民事法律行为，如订立合同，而代理本身也是一种特殊的民事法律行为，即代别人进行法律行为的行为。侵权行为、事实行为是无法代理的。因此，有些民法理论把代理作为民事法律行为的一部分加以论述。而我国民法通则则把民事法律行为和代理规定在一章之中，但分为两节。本书将二者写入一编叙述，其因亦在于此。

二、代理制度的意义

代理制度也是为商品经济服务的一项法律制度。古代社会，商品经济尚不发达，绝大多数民事活动由当事人亲自进行即可，因而代理制度不发达。罗马法中的代理，仅是一种萌芽状态，而未形成完备、系统的制度。随商品经济的发展，代理活动的范围日益扩大，尤其是商事代理的地位日益重要，到中世纪末期，代理制度最终形成，至德国民法典和商法典颁布时，代理制度更加系统和完善。到现代，代理制度已成为经济运行的重要支柱，代理活动已成为重要的经济活动。

代理制度的重要作用表现在：

（一）使民事主体能够跨越时间和空间的限制进行民事活动。对于每一公民和法人来说，其能够亲自进行民事活动的时间和空间总是有限的，有的公民忙于工作而无暇进行其

他活动，有的法人所要进行的民事活动往往远离自己的住所，甚至跨越国界。在此情况下，完全由公民和法人亲自进行这些活动，既不可能，也不必要。而通过代理制度，即可实现公民和法人进行民事活动的要求。如法人可委托几个代理人在不同地点与几个厂家进行业务洽谈，订立合同。

（二）使民事主体能够克服专门知识能力的限制进行民事活动。随着商品经济的发达，社会分工越来越细，民事活动尤其经营性活动越来越要求有专门的知识和较强的能力。如申请专利需要有专利知识，从事国际贸易需要精通外贸知识，业务洽谈需要丰富的经验和应变能力等。对于每个公民和法人来说，在这方面也总是有限的。而通过代理制度，就能使他们克服这种限制，在各个领域各项业务中进行自己所需要的民事活动。

（三）使公民能够克服其行为能力的限制进行民事活动。一切公民都有权利能力，但有的没有行为能力，有的行为能力受到限制，通过代理制度，即依靠法定代理人的活动，就能够使他们的权利能力得以实现。

在我国，长期以来，由于商品经济不发达，自然经济的观念颇重，不善于利用代理制度为经济活动服务。许多企业都采取“大而全”“小而全”的组织形式，采购员、业务员满天飞，办事处或分支机构到处设，本来可以通过代理机构进行的业务硬要亲自进行。结果既影响了工作的效率和质量，也造成不必要的浪费，甚至导致重大损失。近年来，这种情况已经开始改观，专利代理、外贸代理、投资代理、保险代理、运输代理、证券（包括股票和债券）买卖代理等业务活动日愈广泛，从事专项代理业务的法人组织也不断建立。随着经济体制改革的深化和社会主义商品经济的发展，

代理制度将发挥更大的作用。

三、代理的适用范围

代理的适用范围十分广泛，除某些特殊的行为外，各种具有民事意义的法律行为都可以代理。具体来说，代理的行为可以分为两类：

（一）民事法律行为。这是代理最主要也是最常见的对象。民法通则规定的代理就是指这种代理。如代理订立买卖、租赁、承揽、运输等合同，代理履行债务，行使债权，代理经营，代理接受继承等。

（二）其他有民事意义的行为。代理的对象不一定都是民事法律行为，只要具有一定民事意义的行为都可以进行代理。这里所说的具有一定民事意义，是指行为本身可能引起当事人民事权利和义务的产生、变更和消灭。这种具有民事意义的行为包括某些财政、行政方面的事务，如代办法人、个体工商户和个人合伙登记，代办房产、车辆过户手续，代理专利申请和其它专利业务，代办商标注册和纳税等，也包括代理民事诉讼。根据我国民事诉讼法的规定，民事诉讼可由代理人进行。无民事行为能力人、限制行为能力人或因地区、时间、业务知识和法律知识等原因而不便亲自进行诉讼活动的，都可以由其亲属或委托其亲属、律师代为进行。需要指出，这些代理的行为虽在民法通则代理部分未作规定，但由于它们都具有一定的民事意义，因而一般都将其看作民事代理的对象。因而，代理又称民事代理。另外，这些活动本身虽非民事法律行为，但代理人与被代理人双方进行的委托和接受委托的行为本身仍属民事法律行为，它在二者之间设定了代理与被代理的关系。

并非任何民事法律行为和具有民事意义的行为都可适用

代理，具有严格人身性质的行为，如结婚登记、立遗嘱、收养子女等行为不能代理。具有人身性质的债务，如作品写作、艺术作品创作、演出等行为不能代理履行。而侵权行为、内容违法的民事行为更不能代理。

第二节　代理权和代理的种类

一、代理权与代理的分类

代理权就是代理人以被代理人的名义进行民事活动的权利。代理人必须具有代理权才能进行代理活动。同时其代理活动必须在代理权限范围内进行。无代理权或超越代理权限而以他人名义进行民事活动属于无权代理或越权代理。实际上，它们并不是严格意义上的代理。

代理权并不只是一种权利，同时也是一种义务，代理人一经取得代理权，不仅有权而且必须代表被代理人进行民事活动，如果怠于行使代理权而给被代理人造成损失，必须承担法律责任。

按不同的根据可以对代理进行不同的分类。

按代理权产生的根据不同可分为：法定代理、指定代理、职务代理、委托代理；

按代理权的内容和范围不同可分为：全权代理、部分代理；

按代理权是否转授他人可分为：普通代理、复代理。

二、法定代理、指定代理、职务代理和委托代理

（一）法定代理。即代理人根据法律的直接规定而取得代理权。法定代理的特点在于代理人和被代理人代理权及其范围是无法定的，不需由当事人的意志决定。法定代理主要适

用权于无民事行为能力人和限制民事行为能力人。他们进行民事活动必须由其法定代理人代理。民法通则对他们的监护人作了明确规定。监护人同时就是法定代理人，监护的重要内容之一就是代理被监护人进行民事活动。因此法定代理的被代理人只能是公民，而代理人则可以是公民，即被代理人的近亲属，也可以是法人，即被代理人所在单位、居民委员会、村民委员会或民政部门。

（二）指定代理。即代理人根据人民法院或其他有关单位的指定而取得代理权。指定代理是法定代理的一种补充形式，它一般是在无民事行为能力人或限制行为能力人没有法定代理人或能够担任法定代理人的近亲属，对担任代理人有争议时适用。民法通则对监护人的指定作了具体规定，指定代理人与指定监护人的规定是基本一致的，有权指定的单位除人民法院外，主要是未成年人父母所在单位、精神病人的所在单位、未成年人或精神病人住所地的居民委员会和村民委员会。根据民事诉讼法（试行）第四十九条的规定，在诉讼活动中，没有诉讼行为能力的人，由他的法定代理人代为诉讼，没有法定代理人的，由人民法院指定代理人。

（三）职务代理。即代理人根据其所担任的职务而取得代理权。职务代理只适用于法人。并非任何职务都能产生代理权，能产生代理权的职务必须是直接代表法人与他人进行民事活动的职务，担任这种职务的人无需法人的特别授权即享有代理权，他人根据其职务即可判断其行为是否代表法人。例如商店的售货员、收款员和其他单位的营业员、保管员等都是职务代理人。如果顾客发现所购商品质量不好或因营业员等的行为给自己造成了损失时，他不应该对售货员或营业员而应该对商店或该单位提出要求或提出诉讼。法人应

对其工作人员的职务代理行为负责。民法通则第四十三条规定，企业法人对其工作人员的经营活动承担民事责任，这里的经营活动就是职务代理活动。

（四）委托代理。即代理人根据被代理人的授权而取得代理权。委托代理是适用范围最为广泛、法律关系最为复杂的一种代理形式，因此民法通则第六十五条对委托代理作了更为具体的规定。这里对委托代理应弄清以下几个问题：

1.授权是代理人取得代理权，从而形成委托代理关系的根据。授权，也称委托授权，是指委托人将代理权授予代理人的行为。如某企业要某人为其购买一台机器；某公司通知其代理人卖出股票。授权行为是委托人的单方法律行为，委托人一经授权，即与代理人形成委托代理关系，代理人即取得代理权，其中包括必须履行代理职责的义务。

2.授权必须以某种法律关系作为前提或基础。授权既是单方法律行为，因而委托人并不能向任何人授权，而只能向与自己有相应的权利义务关系的人授权，否则，他人可拒绝接受。作为授权前提的法律关系可以是委托合同关系，也可以是劳动合同关系或合伙关系等。其中最为常见的则是委托合同关系。

委托合同与授权（或委托授权）以及委托代理不同。委托合同是受托人以委托人名义在委托权限范围内办理委托人事务的协议。委托合同是双方法律行为，只有委托人和受托人双方意见表示一致才能成立。委托合同一经成立，委托人即取得授权的权利，受托人即负有接受授权的义务。而在委托人授权之后，便在他们之间形成代理关系，委托人成为被代理人，受托人成为代理人。例如天津某公司想托广州某公司代办货物运输事宜，双方经过协商，达成协议，此时委托合

同即告成立。但天津公司尚未授权，广州公司还没有代理权。此后如果天津公司通知广州公司将其某种货物从广州托运至天津，这种通知行为就是授权，而广州公司接到通知即取得代理权，就必须按要求办理，不得推卸。由此可见，委托合同是授权的前提和基础，授权是委托人根据委托合同而取得的权利，授权行为是委托人的单方法律行为，而委托代理关系的形成则是授权的结果。

当然，在实际生活中，委托合同的订立与授权往往同时进行，合为一体，或者在委托合同中已有明确的授权条款，使得不易将二者分清。比如，某甲请某乙帮其买彩电，某乙同意了，代理关系即告成立，而无需由某甲再次向某乙授权。但是，在这过程中，仍包含着委托合同和授权两种关系，只不过某甲要求订立委托合同的行为与其授权行为表现为一个行为而已。而在以劳动合同和合伙合同作为授权前提的代理关系中，这种基础法律关系与授权行为的相互关系则表现得比较明显。如单位可以直接授权其职工进行民事行为，因为他们之间存在劳动合同关系。合伙组织可以直接委托某个合伙人完成某项合伙事务，合伙人不得拒绝，因为他们之间存在合伙合同关系。

3.授权的内容可以根据需要而有所不同。实践中，一般有以下几种情况：①授权进行某一个事项，如买一辆汽车；②授权进行某一类事项，如推销产品；③授权在一定地点办理各种业务，如在上海进行的一切业务；④授权进行一切事务，也称全权委托，如公司董事会授权经理全权负责公司日常事务；公司经理外出期间将公司事务全权委托给另一人。

4.授权必须采取法定形式。民法通则第六十五条规定，委托代理可以用书面形式，也可以用口头形式，法律规定用书

面形式的，应当用书面形式。在日常生活中，简单的委托授权，用口头形式即可，但重要的委托授权，一般应采取书面形式。如经济合同法第十条规定，代订经济合同必须事先取得委托单位的委托证明。又如民事诉讼法（试行）第五十一条规定："委托他人代为诉讼，必须向人民法院提交由委托人签名或盖章的授权委托书。"

授权委托书就是典型的书面授权形式，又称为代理证书或代理委托书。其作用是确定代理人的代理权及其范围。授权委托书是一种正式的法律文书，必须按法定要求制作，民法通则第六十五条对此作了具体规定："授权委托书应当载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间，并由委托人签名或者盖章。"上述事项缺一不可，如有遗漏，将导致授权委托书的无效或被代理人和代理人双方承担授权不明的法律责任。

以往实际生活中使用的证明信、介绍信等具有授权委托书的性质和特点，但过于简单和笼统，常见的是写"兹委托我单位×××前往贵厂联系业务"，这里，"联系业务"范围很广，代理权限很不明确，其中包括代理事项、代理期限都不明确，结果经常导致代理纠纷的发生，甚至使一些代理人借此进行违法活动。因此这种书面形式是不符合授权委托书的要求的。至于空白介绍信、空白合同书等更不应作授权委托书使用，当然这是就授权委托书的法定要求而言的，实践中，如果行为人用委托单位的合同专用章或者加盖公章的空白合同书签订了合同，或者行为人仅凭委托单位出具的、代理事项和授权范围均不明确的介绍信而订立了合同，仍应视为委托单位授予了行为人以代理权，委托单位应对此承担责任。

三、全权代理和部分代理

（一）全权代理，即授权代理人进行被代理人需要进行的一切民事活动。这种授权没有明确的范围限制。一般只适用于某些特殊情况。

1.法定代理和指定代理。这两种代理的被代理人一般都没有民事行为能力或只有限制民事行为能力，其民事活动只能由被代理人代为进行，因此其代理范围包括各种必要的事项。

2.经理人的职务代理。经理人是代表法人进行业务活动的全权负责人，因而也是全权代理人，在其职责范围内有权代表法人进行一切民事行为。

3.全面授权的委托代理。在某些情况下，在一定时期内，委托人可能将其一切民事活动授权某个代理人进行，这种代理也是全权代理。如某人出国期间或患病期间，将其在住所地的事务全部委托代理人办理。

（二）部分代理，指授权代理人进行某些民事活动。代理人的权限有明确的限制。委托代理，绝大多数都是部分代理。其代理权限范围由被代理人确定。职务代理，除经理人外只能是部分代理，其代理权限由担任的职务和法人组织内部分工确定。如商店售货员只有权代理商店销售商品，而无权进货。公司的各个副经理只在其分工的事项内有权代表法人。

四、普通代理与复代理

（一）普通代理，即由代理人亲自完成代理任务的代理。以上所述各种代理一般都是普通代理。

（二）复代理，也称再代理或转委托。即代理人将代理权的一部或全部再转授给他人，由他人代理被代理人进行民

事活动，被转授代理权的人称为复代理人。复代理的特点在于：

1.代理人有二人或二人以上，但有代理人与复代理人之分；

2.复代理人的代理权由代理人而不是被代理人授予；

3.复代理人以被代理人而不是代理人的名义进行活动，其行为的法律后果由被代理人承受；

4.复代理人的代理权限可以等于或小于而不能大于原代理人的权限。

代理人不能随意转委托，而必须符合法定的条件。根据民法通则第六十八条的规定，这种条件有两个：

第一，必须是为了被代理人的利益。例如自己无法完成代理任务，而他人可以完成，或者如果不委托他人，将给被代理人利益造成损失等。

第二，必须事先取得被代理人的同意。如果被代理人不同意则不能转委托。但是，在特殊情况下，无法事先征求被代理人意见的，应当在事后及时告诉被代理人，如果被代理人同意接受，构成事后同意，其后果与事前同意相同。如果被代理人不同意，则由代理人对复代理人的行为承担民事责任。但是，在紧急情况下，为了被代理人的利益而转委托的除外。这种紧急情况是指已经来不及或无法征询被代理人的意见，否则将贻误时机，给被代理人造成损失。例如代理人突然生病不能工作而代理事务必须立即办理；又如因意外事故通讯联系中断而又来不及亲自向被代理人征求意见外。

第三节　代理人和被代理人的主要权利、义务和责任

代理关系一经成立，代理人和被代理人即取得一定的权利，同时也应承担相应的义务，而在未履行或未完全履行其义务时即应承担一定的民事责任。同时，代理人和被代理人的权利义务是互相对应的，代理人的义务就是被代理人的权利，被代理人的义务就是代理人的权利，因此这里只从义务角度来说明二者之间的权利义务关系。

一、代理人的主要义务

代理人的义务主要是：

（一）履行代理职责，完成代理任务。代理既是一种权利，也是一种义务，代理人取得了代理权，就必须行使代理权，否则就应承担不履行义务的责任。履行代理职责必须认真负责，即应尽一个称职的代理人应有的努力。

（二）必须在授权范围内进行活动。其中包括有义务要求被代理人明确授权范围。在紧急情况下越权代理，必须是为了被代理人利益，并且应尽快取得被代理人的追认。

（三）应亲自履行代理职责。除特殊情况外，一般不得转托他人代理。这是由代理人与被代理人之间的人身信任关系决定的。

（四）不得滥用代理权。其中包括不得代理违法行为，利用代理人身份进行非法活动；不得同时代理双方进行民事活动；不得代理被代理人与自己进行民事活动；不得与第三人恶意串通，损害被代理人的权益。其中尤其是不得接受正常

报酬以外的其他利益，如贿赂、回扣、好处费、酬劳费等。

二、被代理人的主要义务

被代理人的主要义务是：

（一）在委托代理中，必须明确表明授权范围。

（二）向代理人提供完成代理任务所需要的情况和条件，如委托别人代卖机器、设备，应提供该机器、设备的制造时间、制造厂家、规格性能、运行情况、磨损程度等有关情况。

（三）向代理人支付代理活动过程中的各种费用，其中包括有偿代理情况下，应支付给代理人的酬金。如委托律师参加民事诉讼、应支付诉讼代理费。

（四）承受代理人的代理活动所产生的法律后果，包括取得的民事权利、承担的民事义务和民事责任。

三、代理关系中的连带责任

规定代理关系的当事人在某些情况下承担连带责任，这是我国民法通则的一个创造性规定，是以往各国民法所没有的。

（一）连带责任的含义。所谓代理关系中的连带责任，是指代理关系中的两方当事人共同对他方当事人承担民事责任。连带责任的一方无力承担责任，另一方应代其承担。他方当事人可以向当事人的一方或双方要求承担全部责任，即使承担责任的二方当事人已确定了各自分担的责任数额。

（二）连带责任的根据和意义。代理关系中的连带责任具有重要的意义。首先，它加重了有过错的当事人的民事责任，能够促使当事人互相监督、制约，正确行使自己的民事权利，善意地履行自己的义务，公平诚实地与他人进行民事活动。近年来，代理活动中的不正当行为比较严重，有些人

利用代理权为自己谋取私利，而交易对方明知代理人的行为不合法，但只要对自己有利，亦听之任之，有的则是主动地引诱代理人进行损害被代理人利益的活动。有的活动明明违法，但代理人为了个人利益，仍代理别人进行。这种代理活动不仅损害了有关当事人的利益，也危害了社会利益。同时，行为人主观上都有一定的过错，因此应使他们承担严格的法律责任，以防止和减少上述现象。其次，由于我国的客观情况，一些代理关系的当事人，尤其是代理人往往是公民个人，其财产数额有限，承担民事责任的能力也有限，如果任何情况下都只由其中一方承担民事责任，将可能使受害当事人的利益无法得到有效的保护。

（三）承担连带责任的四种情况。民法通则规定了在以下四种情况下应承担连带责任：

1.委托书授权不明。这种情况下进行的代理活动，既有被代理人的责任，也有代理人的责任。按委托代理的规定，被代理人应在委托书中明确记载代理人的权限，因此被代理人应当向第三人承担民事责任。同时，代理人在授权不明的情况下，不主动要求被代理人明确代理权限，亦有一定过错，因此应与被代理人承担连带责任。当然，这种情况下二者的责任有主次之分，授权不明主要是被代理人的责任，因此应首先由被代理人对第三人负责，在被代理人无力承担责任时，再由代理人承担。

2.代理人和第三人串通损害被代理人利益。这种情况下，双方主观上都有损害他人利益的故意，因而应承担连带责任。例如某公司授权其业务员参加产品订货会，本来该业务可以以适中的价格订购质量较好的一种产品，但他却与某一厂家串通，以收取5%的回扣为条件订购了该厂家的质次

价高的产品。这种情况下，业务员和该厂家即应对某公司承担连带责任。

3.第三人明知的无权代理未得到被代理人的追认。无权代理是指没有代理权而以他人名义进行民事活动。具体情况又分为三种：

①完全没有代理权的代理。包括未经授权，也不是依据法律规定或有关机关的指定而以他人名义进行民事活动。这种行为实质是一种欺诈性行为。

②超越代理权的代理。即代理人拥有代理权，但其代理行为超越了代理权的范围 。如甲公司托乙公司代购水果500吨，但乙公司却购进了1000吨。

③代理权终止后的代理。即某人原来拥有代理权，但此时由于完成代理事项、代理期限届满或被代理人撤销授权等原因而已经终止，但该人仍以被代理人名义进行民事活动。

对于无权代理的民事行为，被代理人有追认权，即被代理人可以追认以其名义进行活动的人为代理人，并承受其行为的法律后果。这种情况下，无权代理即转为有权代理。同时，第三人也享有撤销权，即在被代理人对无权代理的行为作出追认之前，第三人有权解除与无权代理的行为人进行的民事活动。

无权代理的民事行为如未得到被代理人的追认，即应由代理人对第三人或被代理人承担民事责任。如果第三人明知行为人是无权代理还与其实施民事行为，从而给他人造成损害，则应由第三人和行为人承担连带责任。

4.违法行为的代理。如果利用代理关系进行违法活动，在代理人和被代理人双方均有主观故意时，应承担连带责任。这里所谓故意是指代理人知道被委托代理的事项违法仍

然进行代理活动，或者被代理人知道代理人的行为违法而不表示反对。这种连带责任不仅可以防止被代理人和代理人逃避责任，也有利于教育、敦促公民和法人与代理关系中的违法行为作斗争。

第四节　代理的终止

代理的终止就是代理人与被代理人之间代理关系的消灭，也称为代理权的消灭。由于代理权产生的根据不同，引起代理终止的原因也不同。

一、委托代理的终止原因

（一）代理期限届满或者代理事务完成。

（二）被代理人取消委托或者代理人辞去委托。这种情况下，一方当事人的决定只有在对方知道之后才引起代理的终止。同时，如果无正当理由而违反了委托合同，违约方应承担相应的民事责任。

（三）代理人死亡。代理关系具有很强的人身信赖性，代理权一般不能转让、继承。因此，代理人死亡，代理关系当然终止。须注意的是，被代理人死亡并不立即引起代理的终止，而只有在代理人辞去代理或被代理人的继承人提出解除代理关系的，代理关系才终止。这是因为被代理人未了结的委托事务仍需有人负责。

（四）代理人丧失民事行为能力。

（五）作为被代理人或者代理人的法人终止。

二、法定代理和指定代理的终止原因

（一）被代理人取得或恢复民事行为能力。

（二）被代理人或者代理人死亡。

（三）代理人丧失民事行为能力。

（四）指定代理的人民法院或者指定单位取消指定。

（五）其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。如监护人不履行或不适当履行监护职责，任意处理被监护人财产，不能给予未成年人正常的教育，或者虐待遗弃被监护人等，人民法院可以根据有关的申请撤销监护人与被监护人之间的代理关系。

第四编　民事权利

第七章　民事权利概述

第一节　民事权利

一、民事权利的概念

民事权利是指由民事法律规范规定的，由民事主体所享有的权利。它是民事主体能够进行基本社会活动并得以生存、延续的最基本的权利。

民事权利与民事权利能力不同。民事权利能力只是法律赋予公民享受民事权利并承担民事义务的资格，而民事权利则是民事主体实际享有的利益。仅有享受权利的资格，只说明法律允许民事主体可以取得哪些权利，但一般情况下并不能对民事主体产生实际的利益。在考察民事权利与民事权利能力的关系时，应当注意在立法中，只有关于人身权（姓名权、肖像权、名誉权、自由权等）的某些规定才使民事主体实际具有了民事权利。也就是说，法律规定公民、法人具有享受人格权的民事权利能力的同时，公民、法人就实际享有了这些民事权利。除比之外，法律规定的大多数民事权利实际上都只是于民事权利能力的规定。公民、法人要实际取得这些权

利，一般都要通过一定的法律事实，否则这些权利只能停留在法律的规定上，并不能成为公民、法人的实际权利。

民事权利在民法中有着十分重要的作用。民法实际上就是以民事权利为核心而设置的各项制度，就是关于权利人如何取得权利，如何行使权利以及权利受到侵害时如何进行保护等方面的法律制度。

二、民事权利的分类

民事权利根据不同的标准，可以作出不同的分类：

（一）财产权和人身权

根据民事权利是否具有直接的财产内容，可分为财产权和人身权。

1.财产权

财产权是具有直接的财产内容的民事权利。按照民法通则的规定，财产权主要包括所有权、其他物权、继承权、债权以及知识产权中的财产权。

2.人身权

人身权是不具有直接的财产内容的民事权利，它们不能用金钱来衡量其价值。应当说明虽然人身权不具有直接的财产内容，但是对这些权利的侵害却可以引起财产上的法律后果，例如，非法侵害他人人身权的，受害人有权要求赔偿损失，侵害人应停止侵害、赔礼道歉为受害人恢复名誉等。

（二）专有权与非专有权

根根民事权利是否能够由一个民事主体转移给另一个主体，可以将民事权利分为专有权与非专有权。

1.专有权

专有权是指只能由民事主体自身享有，不能转移给他人

享有的民事权利。这主要是指公民、法人的人身权，如公民的生命健康权、姓名权、名誉权、肖像权、自由权，法人的名誉权、公民、法人在知识产权中的身份权等。但应当注意，法律规定企业法人、个体工商户和个人合伙的名称权可以依照法律程序进行转让。

2.非专有权

除上述专有权外，民法中的大部分权利都是非专有权，可以依法转让给其他民事主体。一般来说，财产权是可以转让的，但法律也对某些财产权的转让加以禁止或限制。例如，继承权依法只能放弃而不得转让；因合同关系产生的债权除法律另有规定外，转让时应经对方同意，并不得牟利；有些专属于国家所有的财产权如山岭、河流等，不能转让给集体和个人，等等。

（三）支配权、请求权和形成权

根据权利人行使其权利的方式不同，可以将民事权利分为支配权、请求权、形成权。

1.支配权

支配权是指权利人对自已所有的物质资料、智力成果等进行直接支配的权利。支配权的特点在于这种权利的行使无需他人的任何行为，只要非权利人不妨碍或不侵害权利人所享有的权利，权利人就能够实现自已的权利内容。在我国法律中，所有权、经营权、承包权、使用权、采矿权、知识产权等均属支配权；在一定条件下，抵押权、留置权中的抵押权人、留置权人对于抵押物、留置物也享有支配权。

2.请求权

请求权是指权利人请求特定的义务人为一定行为或不为一定行为的权利。请求权的实现，要通过义务人为一定行为

或不为一定行为才能实现。在我国法律中，债权是最典型的请求权。债权人的权利就是要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。

3.形成权

形成权是指根据权利人一方的意思，使已经成立的法律关系发生变更或者终止。如撤销权、解除权、选择权、承认权、否认权等。其中，撤销权是指权利人根据法律规定有权对他人的民事行为要求撤销，如企业破产法规定，债权人有权要求撤销债务人在破产前的一定时期内所实施的损害债权人利益的财产转让行为。解除权是指权利人解除既存法律关系的权利。选择权是按照法律的规定或合同的约定，权利人可以选择承担责任的人或债务人的义务方式，如民法通则第一百二十二条规定因产品质量不合格而受到侵害的人，可以选择产品制造者或者销售承担民事责任。承认权是指权利人承认他人的行为效力的权利，如民法通则第六十六条规定没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为，只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任，这里被代理人的追认，就是承认权的表现。否认权是指权利人否认他人行为效力的权利，如民法通则第六十八条规定，委托代理人事先没有取得被代理人的同意而转托他人代理，在事后告知被代理人时，被代理人可以行使承认权，也可以行使否认权——不同意代理人的转委托行为，则由代理人对自己所转托的人的行为负民事责任。

（四）单独权利和共同权利

按照权利的享有人的数目，可将民事权利分为单独权利和共同权利。

单独权利是指享有权利的民事主体只有一人。由于主体的单一性，民事权利的全部内容均由单一主体享有，因而权

利的归属比较简单。

共同权利是指对于同一客体有两个以上的民事主体享有权利，如所有权中的共有、债权中的共同债权、专利的共同发明权、著作的共同著作权等。由于是两个以上的主体对同一客体享有权利，所以在权利归属上也就呈现出一定的复杂性。按照共同权利人享受的权利和义务的不同，共同权利可以分为按份享有权利和共同享有权利，前者如共有中的按份共有，债权中的按份债权；后者则如共有中的共同共有，债权中的连带债权。

（五）主权利和从权利

按照权利是否能够不依靠其他权利而独立存在，可以将民事权利分为主权利和从权利。

主权利是指无需以其他权利的存在为前提，也不依靠其他权利就能够单独存在的权利。民事权利的大多数是主权利。

从权利则是指需要以其他权利的存在为前提，并只有依靠其他权利的存在才能存在的权利。例如，抵押权就是基于对债的担保所产生的权利。债权人首先是享有了债权，然后因债务人或第三人提供抵押物作担保才享有了抵押权。从权利的特点在于，它的存在依赖于主权利的存在，没有主权利，从权利也不能存在。因此，如果因债务人履行债务而使债权人的权利得以实现后，由于债权的请求权内容已不存在，债权人也就丧失了对抵押物的抵押权。同时，从权利的行使也应晚于主权利。也就是说，只有当主权利不能行使或无法实现时，权利人才有可能行使从权利。例如，只有当债务人不履行债务时，债权人才可以对抵押物行使权利（如折价或拍卖后优先受偿）。

（六）专有权和非专有权

按照权利是否可以转移给其他民事主体，可以将民事权利分为专有权（专属权）和非专有权（非专属权）。

专有权是指专属于权利人享有的权利，不得以任何形式转移给他人。如公民的人格权，又被称为“身上的权利”，自公民出生时起即当然享有，不得转移给他人。非专有权是指可以通过法律事实由一个权利主体转移给另一个权利主体的权利。如所有权，所有权人原则上可以依法将自己所有的物转移给他人。

（七）原权与救济权

按照权利是否因受侵害而发生，可将民事权利分为原权与救济权。

原权是指不以侵害的发生作为权利产生的根据，即原来就已存在的权利，如所有权、债权、知识产权等。

救济权则是指因权利人的原权受到侵害而产生的权利。这些权利主要在民法通则第六章第三节“侵权的民事责任”中规定，如第一百一十八条规定公民、法人的知识产权受到侵害的，有权要求停止侵害、消除影响、赔偿损失；第一百二十条规定公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。

第二节　民事义务

一、民事义务的概念和特征

民事义务是根据法律的规定或协议的约定，民事主体为保证他人的民事权利得以实现而受到的一定的约束。这种约束表现为义务人按照法律的规定或协议的要求为一定行为或

者不为一定的行为。

民事义务具有如下法律特征：

（一）民事义务与民事权利互为前提，共同存在，两者加在一起，构成了民事关系的内容。在任何民事关系中，只要有权利人，就必然有对应的义务人。没有义务人履行义务，权利人的权利就无从实现。例如，在合同关系中，一方请求对方按照合同履行义务的权利为债权，而另一方根据对方的请求而按照合同履行义务则为债务；在所有权关系中，权利人对自己的所有物享有占有、使用、收益和处分的权利，而义务人则负有不妨碍权利人行使这些权利的义务。

（二）民事义务是一种法律义务，但法律义务的履行并不一定要通过法律的强制手段。在大多数情况下，义务人都可以自觉地履行民事义务。只有当义务人不履行义务时，才能依法律程序强制义务人履行义务。

（三）不履行义务是产生民事责任的前提条件。在我国法律中，民事责任分为不履行义务的责任和侵权责任。前者是指公民、法人不履行合同约定的义务或法律规定的义务而产生的责任，后者是指侵害他人合法权利而产生的责任。而在本质上，侵权行为也就是不履行义务——侵害他人权利就是违反了不妨碍他人行使权利的义务。

二、民事义务的分类

按照不同的标准民事义务可以分为以下几类：

（一）积极义务和消极义务

按照义务的内容不同，可以将民事义务分为积极义务和消极义务。

积极义务，又称作为的义务，它是指义务人必须按照协议的约定或者法律的规定为一定的行为，以保证权利人得以

实现其权利。在债权关系中，债务人的大多数义务都是积极义务。

消极义务，又称不作为的义务，它是指义务人依照协议的约定或者法律的规定不得为一定行为，从而保证权利人得以实现其权利。在所有关系中，某物的一切非所有人均负有消极义务——不妨碍所有权人行使权利的义务。

（二）方式的义务和结果的义务

在积极的民事义务中，按照义务内容要求的不同，又可分为方式的义务和结果的义务。

方式的义务是指义务人只需按照协议的约定或法律的规定为一定行为，就是完成了义务。例如，提供劳务的义务就是方式的义务，义务人只需按照合同的规定提供了劳务，就是履行了义务，并不要求有劳务的成果。又如，在医疗合同中医生的义务即是方式的义务，只要医生根据当时的医疗条件和自己的技术水平，依医疗规章制度对病员进行了治疗，就是履行了义务。

结果的义务是指义务人必须按照协议的约定或者法律的规定向权利人提供一定的义务结果。如果未达到这一结果，则无论义务人采取何种方式和努力去履行义务，都认为义务人未完成自己的应尽义务。结果的义务按其结果的不同，又可作出如下分类：

1.给付金钱的义务，如支付价金和酬金、偿还借款、赔偿损失、给付违约金、返还不当得利等。

2.交付物品的义务，如买卖合同中出卖人向买受人提供货物、拾得物的交回、侵占财产的返还等。

3.完成工作的义务，如交付设计图纸、建筑施工工程的交付、加工承揽物的交付等。

第三节　民事权利（义务）的产生、变更和消灭

一、法律规范是民事权利（义务）产生、变更和消灭的前提条件

民事权利义务作为法律上的权利义务，必须要有法律的规定。如果没有民事法律规范，就无法确定公民、法人应享有哪些民事权利和承担哪些民事义务。但是应当注意，民法中的规范，许多是任意性的规范。它往往不规定具体的权利义务内容，而只是赋予民事主体自行确定他们之间权利义务关系的权利。在这种情况下，民事法律规范仍然是民事权利（义务）产生、变更和消灭的前提条件。因为如果没有民事法律规范的授权，民事主体就无法根据这些授权来确定他们之间的权利义务关系；同时，即使是根据民事法律规范的具体授权而确立的民事权利义务关系，也仍然要遵守民法中的命令性规范及民法的基本原则。

二、法律事实是民事权利（义务）产生、变更、消灭的客观根据

民事法律规范所规定的民事权利（义务），绝大多数都只是民事权利能力，即法律赋予民事主体享受权利、承担义务的资格，并不是民事权利本身。要想使法律的规定成为现实的民事权利义务关系，就必须以法律事实作为客观根据。没有这一根据，就无法产生现实的民事权利义务关系。

法律事实是指由民事法律规范所确认的能够引起民事权利义务关系产生、变更、消灭的客观情况。按照法律事实是否依人的有意识活动而产生，可以将法律事实分为事件和行

为两类。

（一）事件

事件是指不依人的意志而产生的客观事实。如人的出生和死亡、自然灾害、时间的流逝等。这些客观事实本来只是一种自然的现象，但由于民事法律规范的规定而成为能够引起民事权利义务关系产生、变更和消灭的法律事实。

（二）行为

行为是民事主体有意识的活动。能够引起民事权利义务关系产生、变更和消灭的行为主要有下面几种：

1.民事行为

民事行为是民事主体为建立民事关系而进行的行为。按照民事行为是否符合法律规定的条件，可分为民事法律行为，无效的民事行为和可撤销的民事行为（详见民事法律行为一章）。

2.行政行为

行政行为是指国机关代表国家行使公共权利时的行为，这种行为有时可以产生民事权利义务关系。如行政的调拨命令和行政的调整命令，即可以在法人之间产生一定的民事权利义务关系。

3.侵权行为

侵权行为是指行为人侵害国家、集体的财产或者侵害公民的财产、人身权利的行为。

4.事实行为

事实行为是指行为人主观上并没有建立民事关系的意思，也没有侵害他人权利的意向，但其行为却能够导致民事权利义务关系的产生、变更或消灭。如不当得利行为、无因管理行为等，即可以产生债的权利义务关系。

（三）事实构成

有些民事权利义务关系需要有两个以上的法律事实才能产生，这种情况就被称为事实构成。例如，遗嘱所确定的遗产分配方案，只有当遗嘱人死亡时才能产生效力。这就是一个事实构成，即遗嘱这一法律行为和遗嘱人死亡这一事件的构成。在考察民事权利义务的产生，变更和终止时，如果是因事实构成才能发生效力的，就一定要注意只有当所需要的全部法律的事实出现时，才能产生相应的民事权利义务关系。

第八章　物权概述

第一节　民法中的物

一、物的概念和特征

民法中的物是指具有使用价值和价值的，可以由民事主体占有和支配的物质资料。

民法中的物具有如下法律特征：

（一）民法中的物必须具有使用价值和价值。这是民法中的物与物理学中的物的不同之处。按照物理学的观点，一切物质都是物。而在民法上，物不仅是物质的，而且还必须具有使用价值和价值。这是因为，在民法中，物是要给民事主体带来经济利益的。例如，在买卖合同中，买受人支付价金的目的就是要取得标的物。如果标的不具有使用价值和价值，买受人的物质利益就无法实现。即使是目前某些限制流通的物，虽然因不能流通而使其价值受到了一定的限制，但如果妨碍了所有人对该物的使用权或者所有权，都会

影响所有人的经济利益，也要按照商品经济规律的基本要求由侵害人承担经济责任。因此，如果一个物不具有使用价值和价值，就不能成为民法上的物。

（二）民法中的物必须可以由民事主体占有和支配。如果一个物虽然能给民事主体带来经济利益，但是却不能为人类所控制，也不能成为民法中的物。例如，阳光给人带来了温暖和生机，没有了阳光，人类就无法生存。但是阳光因不能为某民事主体所占有和支配，从而不能成为民法中的物。当然，“可以由民事主体占有和支配”是一个历史概念，随着科学技术的发展，许多过去无法占有和支配的物可以转化为可以占有和支配的物，从而使民法中的物成为一个发展的概念。例如，空气本不属于民法中的物，但装入高压瓶中的氧气则因可以由民事主体占有和支配而成为民法中的物。

二、物的分类

根据不同的分类标准，可以将民法中的物作出不同的分类。

（一）流通物、限制流通物和禁止流通物

按照法律是否允许物在市场上自由流通，可以将物分为流通物、限制流通物和禁止流通物。

流通物是指法律允许在市场上自由流通的物。一般的商品均为流通物。

限制流通物是指法律对其流通作出了某些限制性规定的物。例如，按照国家指令性计划生产产品的企业，在未完成计划任务之前不得自行出售产品；个人持有的黄金和白银，只能售给中国人民银行，不得私自买卖；某些非军用的猎枪、注射枪等，应持有关部门或公安部门的证明向特定单位购买等。

禁止流通物是指法律不允许在市场上流通的物，如土地、某些自然资源、军事设施和装备等。

这种分类的法律意义在于，进行商品交换签订合同时，必须注意合同所涉及的标的物是否可以流通，对于流通时的主体有无限制等。如果违背了法律的限制性规定或禁止性规定进行交换，就有可能导致合同的无效，有的还可能要受到行政的甚至刑事的法律制裁。

（二）特定物和种类物

根据物是否具有独立性的特征，可以将物分为特定物和种类物。

特定物是指具有独立性的特征，不能以其他物进行替代的物。特定物包括两类：一类是独一无二的物。如齐白石的某幅画；另一类则是特定化了的种类物，如从十辆自行车中挑选出一辆来购为己有。

种类物则是指不具有独立性的特征，可以以其他同种类的物互相替代，并可以用度、量、衡等尺度加以计算的物，如50吨小麦、20头猪，500个计算器等。

区别特定物与种类物的法律意义在于，在买卖合同中，当物意外灭失时，如果是特定物，就可以免除出卖人的交付义务，因为此时标的物已不存在，无法实现交付的义务；而如果是种类物，则并不免除出卖人交付的义务，在条件允许的情况下，出卖人应当将其他同种类的物交付给买受人。

（三）动产和不动产

根据是否因移动而损害物的价值，可以将物分为动产和不动产。

动产是指可以任意移动，并且不因移动该物而损害其价值的物。如各种衣物、日用品、家用电器等。

不动产则是指不能移动或虽能移动但会因移动而损害其价值的物。前者如土地、河流、山川等；后者则如房屋及房屋内的建筑设施等。

区分动产和不动产的法律意义主要是：在设立抵押权时，不动产一般无需转移占有，而动产则应考虑转移占有；在诉讼中，动产和不动产争议的管辖有所不同；在涉外民事法律关系中，动产和不动产适用法律有所不同。

（四）主物和从物

按照物是否能够不依赖于他物而独立存在，可以将物分为主物和从物。

主物是指不需要依附于其他物而独立存在的物。一般的物大都是主物。

从物则是指不能独立存在，而是要依附于其他物才能得以存在的物，如琴弓就是小提琴的从物、钥匙是锁的从物等。

区分主物和从物的法律意义在于，在一般情况下，如无专门约定或法律规定，从物一般要与主物在一起，形成主物的一个组成部分。如果是买卖合同，卖方即应向买方提供一切与标的物主物有关的从物，否则就可能构成合同的不履行。

（五）可分物和不可分物

根据物是否能够进行分割并且不损害物的价值和效用，可以把物分为可分物和不可分物。

可分物是指可以进行分割，并且不因分割而损害其价值和实际效用的物。

不可分割物是指一旦分割，就必然会损害其价值和实际效用的物。

区分可分物与不可分物的法律意义在于，如果是不可分

物同属于几个权利人（所有权人或经营权人），需要分割财产时，一般不得强行分割，而应采取折价、适当补偿或者共有等方法处理，以不损害物的实际效用。

三、货币和有价证券

（一）货币

货币也是民法上的物。在我国，流通的货币是由中国人民银行发行的人民币。货币作为物的一种，有着如下特点：

1.货币是一种特殊的物。它是价值尺度，是一般等价物。货币只能由特定的发行人——国家银行发行。

2.在民事流转中，履行给付金钱的义务，除法律另有规定的以外，必须用货币计算和支付。

3.货币在一般情况下是种类物，只有当货币成为收藏物时，才能成为特定物。由于货币的这一特点，通常如果没有特定标记时，持有货币的人即应认为是所有人，除非能证明货币持有人是以非法手段取得该货币的。

（二）有价证券

有价证券是设定某种财产权利的书面凭证。从本质上讲，有价证券只是一种权利证明。但由于它本身即代表了一定的财产价值，持有了有价证券，就相当于持有了财产，因此又具有了物的一些表面特征。

有价证券分为记名有价证券和不记名有价证券。记名有价证券的转让需要有严格的程序，通常要采用过户或者背书的方式才能转让；不记名的有价证券则无需严格的转让程序，交付即为证券的转让。不记名的有价证券实行占有原则，即如果没有相反的证明，占有（持有）证券的人就是合法的权利人，就对证券所表示的财产享有权利。

按照证券所代表的财产权利的性质，可将有价证券分为

如下几类：

1.股票

股票是表示出资人（股东）权利的有价证券。持有股票的人可以采取两种方式来行使权利：一是以公司股东的身份享受权利，根据股票，他可以对公司的经营行使表决的权利，分取股息和红利的权利，以及在公司解散时按股票所代表的份额取得剩余财产的权利。另一种方式则是将股票在证券市场中出卖，取得股票的"价金"。股票的价格并不表现在股票的面额上，而是要根据公司的经营情况以及市场的行情甚至国际、国内政治、经济的状况来确定。

2.债券

债券是表示债权人权利的有价证券，如公债券、国库券、银行债券、企业债券等。债券的持有人就是债券发行人的债权人，在债券到期时有权要求发行人清偿债务。债券持有人如果在债券未到期时想取得现金，可以采取"贴现"的办法将债券转让，即在转让时按照当时的银行利率扣除一定数额后，取得低于到期清偿时应得数额的现金。

3.流通票据

流通票据又称商业票据，它是在流通过程中表示一定货币数量的有价证券。流通票据包括支票、本票和汇票三种形式。

（1）支票是指发票人在票据上签署一定的金额，委托银行见票后无条件支付给持票人的流通票据。我国支票分为转帐支票和现金支票两种。

（2）本票是指发票人在票据上签署一定的金额，并写明到期无条件支付此金额的流通票据。

（3）汇票是指发票人在票据上签署一定的金额，并委

托付款人在票据到期之日无条件向持票人支付票面金额的流通票据。

4.提单、仓单

提单、仓单是表明一定商品数量的有价证券，凭提单、仓单即可到运输部门、仓库去提取货物。

5.其他有价证券

如抵押单、车票、船票、飞机票等。

第二节　物权概述

一、物权的概念

物权是指权利人根据法律的规定，对物的直接占有和支配，并排除他人干涉的民事权利。

物权作为一项法律制度，它是生产资料所有制和财产的占有、支配关系在法律上的表现。在人类社会的历史发展中，自从有了私有财产，就有了所有权的观念。当然，在原始社会末期国家尚未形成之时，所有权还仅仅是作为一种社会观念而存在的。“这件东西是我的”，实际上就反映了一般的所有权观念。自奴隶制国家产生之后，随着奴隶制法的建立，所有权从社会观念上升成为法律范畴。但是，随着财产关系的不断复杂化和发展，又从财产所有权中派生出种种他物权。例如，在罗马法中，就有了关于物权的规定，包括所有权和他物权（役权、永佃权、地上权以及有关的担保物权等）；同时，罗马法还对于占有这种法律事实，作了专门的规定。1804年的法国民法典，虽然没有规定统一的物权编，但也已经有了物权的概念，并且在第二编中规定了所有权、用益权、使用权、居住权、役权等；在第三编中规定了

质押权、优先权和抵押权等。1896年的德国民法典中将所有权及用益物权和担保物权统一规定为一编，称为物权编。以后的日本民法典、瑞士民法典等也相继设立了物权编。有些国家的民法中虽然没有设物权编，有的甚至没有使用物权这一概念，但也大都规定了所有权法律制度以及与所有权有关的用益物权和担保物权等法律制度。

二、物权的法律特征

（一）物权是以物为客体的民事权利

这是物权区别于债权、知识产权和人身权的重要特征。在物权法律关系中，权利和义务所指向的对象是物，而不是行为，智力成果及人格、身份等。

尽管物权的客体是物，但物权法律关系却不是人与物的关系，而仍然是人与人的关系。它是物权人因对物的占有和支配而与其他任何人之间发生的法律关系。因此我们说，物权的权利主体是特定的，而义务主体则是不特定的。由于物权的义务主体的这种不特定性，因而在民法理论上又称物权为“对世权”（即权利人对世上的一切其他人而享有的权利），以区别于义务主体为特定人的债权（债权在民法理论上被称为“对人权”，即权利人对特定的人所享有的权利）。

（二）物权是权利人对物的直接占有和支配的权利

物权作为一种权利，它的权利内容所包含的，是权利人依法对物进行占有和支配的权利。也就是说，法律上建立物权制度的目的，就是要赋予权利人对物直接行使支配的权利，而不是象债权关系中权利人（债权人）那样只享有请求义务人（债务人）履行债务的权利。因此，在民法理论上，称物权为支配权，而称债权为请求权。

（三）物权是权利人通过对物的占有和支配而直接享受利益的权利

物权人所享有的权利，最主要的是根据对物的支配而享受利益，如所有权利人对其所有物的占有、使用、收益、处分的权利；承包经营权人对土地及其他生产资料所享有的运用这些生产资料进行经营并取得收益的权利，等等。由于这些权利无需有他人的行为即可实现，因而又在理论上被称为绝对权；而债权这种只有通过义务人的履行才能实现债权人权利的权利，则被称为相对权。

（四）物权是一种具有排他性的权利

在一个物上，同一种物权只能由一个人享有（共有的情况除外），而不能同时存在两个以上的同种权利人。例如，某物如果不属于共有，那么就只能有一个所有权人；同样，某国营企业所经营的财产如果不是共有的话，那么经营权这种他物权就只能由一个权利人享有。可见，在物权法律关系中，同种权利的权利人只能有一个（共有除外），决不能有两个以上的同种权利。

物权的排他性还表现在，如果一个物上设定有他物权的，那么他物权人（使用经营人、承包经营权人，抵押权人等）的权利优先于所有权人的权利——在设定有他物权的物上，他物权排除了所有权人首先行使所有权的权利。因此，当所有权人与他物权人发生争议时，如果查明他物权人的权利取得是合法的，那么就要优先保护他物权人。对于享有使用经营权或担保物权的权利人来说，就是所有权人也不得凭借自己的所有权而侵害他物权人的合法权利。

三、物权制度的意义

（一）建立完备的物权制度体系有利于我国民法理论的

系统化、科学化

民法作为一门法律科学，有其本身的规律。建立物权制度，可以使民法在体系上更加全备。民法分为总则、物权、债权、知识产权、人身权和继承等几个基础部分，每一部分都是具有内在联系的法律规范的高度抽象。这样，就使我们有可能在体系上分门别类地把握各个不同制度的不同规律，发展我国的民法理论。

（二）对各种静态的财产权利的共性进行统一的研究，为完备我国的民事立法提供理论依据

各种物权无论其内容有何不同，都有着共同的特征，即它们都是静态的财产权利。因此在法律保护上及法律特征上，都有着共同的规律。完善物权理论，能够促使在立法中对物权作出统一的规定，提高我国的立法技术及其科学性，从而逐步建立起一套完整的符合我国实际情况的物权法律制度。

（三）适应经济体制改革的要求，从法律上解决所有权与经营权分离的问题

我国进行经济体制改革的一个重要内容，就是增强企业活力。而要增强企业活力，就必须正确解决所有权与经营权的分离。只有明确了企业享有经营权，使它们能够独立自主地进行商品生产和经营活动，才能真正使企业成为具有自我改造和自我完善能力的商品生产者。加强对物权制度的研究，确认全民所有制企业对国家财产享有的经营权的物权效力，正是为了运用法律手段解决所有权与经营权分离的问题，使企业的经营权真正能够得到有效的法律保护。

（四）提高公民特别是国家机关工作人员的法律意识

长期以来，我们的法律理论只讲所有权而不讲其他物

权，只强调保护所有权而轻视对他物权的保护，在实践中造成了许多不良影响。确认物权制度，使每一个公民，特别是国家机关工作人员、领导干部等，都能认识到物权的法律效力，不仅所有权要受法律保护，而且其他物权也要受法律的保护。对于他物权人来说，就是所有权人也不得侵害其合法他物权，否则就要承担法律责任。

总之，在我国建立物权制度，无论是在理论上，还是在实践中，都将产生重要意义。

第三节　物　权　的　分　类

一、我国民法通则中规定的物权分类

在民法通则中，并未对物权设专章，甚至没有使用物权这一术语。但如果我们按照物权的一般原理来对民法通则加以分析，就会看到，民法通则在第五章的第一节和第二节中对物权作了规定。其中，第一节“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”中，规定了下列物权：

（一）财产所有权

这是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。

（二）使用权

国家所有的土地以及森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用。使用权人对国有土地及其他自然资源享有使用、收益的权利，并负有管理、保护、合理利用的义务。

（三）承包经营权

集体所有的或者国家所有由集体使用的土地以及森林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源，可以由公民或集体以承包的形式进行经营，经营者依法享有承包经营权，承包双方的权利和义务，依照法律由承包合同规定。

（四）采矿权

国家所有的矿藏，可以由全民所有制单位和集体所有制单位开采，也可以依法由公民采挖。国家保护合法的采矿权。

（五）国营企业的经营权

全民所有制企业（也称国营企业）对国家授予它经营管理的财产，依法享有经营权。这一权利受国家法律的保护。

在民法通则第五章第二节（债权）中，规定了下列物权：

（一）抵押权

债务人或者第三人可以提供一定的财产作为抵押物。债务人不履行债务的，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或以变卖抵押物的价款优先得到偿还。

（二）留置权

按照合同的约定，一方面占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该项财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。

二、民法理论上物权的分类

在民法理论上（主要是大陆法系的民法理论），对物权作了下列分类：

（一）自物权与他物权

以权利人是对自己所有的物享有权利，还是对他人所有

的物享有权利为标准，将物权分为自物权和他物权。

自物权是权利人对自己所有的物享有的权利，即所有权。

他物权是权利人根据法律的规定对他人所有的物享有的物权，即所有权以外的其他物权。按照他物权的性质以其设立目的的不同，又可以分为用益物权和担保物权两大类。

（二）用益物权和担保物权

1.用益物权

用益物权是指权利人对于他人所有的物进行占有、使用，从而取得物的使用价值的权利。用益物权的种类因各国的实际情况不同，其立法也有所不同，大致可包括下面几种：

（1）地上权。又称“借地权”，它是指在他人所有的土地上设立建筑物或种植林木（包括竹）的权利。享有地上权，可以是有偿的，也可以是无偿的。

（2）地役权。是指为了使用自已土地的便利而使用他人土地的权利。例如，甲为了到自己的土地上去耕种而通过乙的土地，甲就对自己所通行的乙的土地享有地役权。在这一关系中，甲的土地称需役地。乙的土地则称供役地。

（3）永佃权。指对他人所有的土地永久进行耕种或放牧的权利。

（4）典权。是指典权人支付典价，占有出典人的不动产而加以使用和收益的权利。典权人对典物使用和收益，不付租金，并有权将典物出租或将典权转让；出典人有权在典期届满时交还典价赎回典物，不付利息。如果双方同意，也可由典权人补足典价与典物的实际价值之间的差额而取得典物

的所有权。（注：典权即具有用益物权的性质，也具有担保物权的性质，它实际上是典权人将金钱交于出典人使用，出典人将典物交典权人使用并担保到期偿还典价的一种担保关系，因此有的理论著作中将其划在担保物权一类。）

2.担保物权

担保物权是为了保证债权人所享有的债权即保证债务人履行债务而设定的权利，主要包括下面几种：

（1）抵押权 。债务人或第三人向债权人提供不动产作清偿债务的担保，但并不转移不动产的占有。在这一关系中，债权人享有抵押权，称抵押权人；提供不动产作担保的债务人或第三人称为抵押人。债务人在债务到期不能履行债务时，抵押权人有权就抵押财产较其他债权人优先受偿。

（2）质权。债务人或第三人为保证债务的履行而将其财产交付债权人占有，当债务人到期不履行债务时，债权人有权就变卖该财产所得的价金优先受偿。债权人享有的这一权利，就是质权。债权人称质权人，提供财产的人称出质人。质权与抵押权的区别主要在于前者转移占有，而后者则不转移占有。

（3）留置权 。这种担保物权与我国民法通则中规定的留置权基本相同，故不再赘述。

上述物权中，因担保物权主要是为了债的履行而设定的物权，所以将在债权中作为债的担保方式加以论述。

第九章　所　有　权

第一节　所有权的一般原理

一、所有权的概念和特征

所有权是一定历史阶段的所有制关系的法律表现。它是所有人依法对自己所有的物享有的占有、使用、收益和处分的权利。同时，所有权又表现为所有人由于对自己所有的物行使权利而与其他非所有人之间产生的权利义务关系。

所有权与其他民事权利相比，具有如下特征：

（一）所有权是上层建筑，是基于一定的经济基础而产生的法律制度。

所有权属阶级社会的历史范畴，它是一定阶级社会中的所有制关系在法律上的表现。因此，在阶级社会中，有什么样的所有制关系，就会产生与该所有制关系相适应的所有权法律制度。例如，在奴隶制社会的奴隶主占有制关系上，就产生了奴隶主所有权，而奴隶在法律上则被认是会说话的“物”，不能成为权利主体；在资本主义社会的主要生产资料私人占有制关系上，就产生了以维护资产者私人占有制为核心的所有权法律制度；而在社会主义社会的主要生产资料公有制（全民所有制和集体所有制）关系上，则产生了以维护社会主义公有制以及作为公有制必要补充的个人所有制为主要任务的所有权法律制度。

在考察所有权与所有制的关系时，应当注意在我国所有权作为一种法律制度，并不是所有制的简单的、机械的反映，而是根据生产力发展的需要确立适合我国国情的所有权法律制度。我国法律允许存在的任何性质的所有权都是社会主义的法律制度，在法律保护上均应一视同仁。

（二）所有权是所有权人对自己所有的财产享有的占有、支配的权利。

所有权对于所有权人来说，是其依法享有的民事权利，即对其所有的财产享有的占有、使用、收益和处分的权利。

从法律性质上讲，所有权是所有权人依法排除他人干涉而独立行使的占有、支配的权利，因而在理论上被称为支配权；同时，由于所有权人行使权利，无需依赖他人的行为，因而又被称为绝对权。

（三）所有权是所有人与非所有人之间产生的法律关系。

从现象上看，所有权似乎是所有人对物的关系，因为在表面上并未看到所有权人与他人存在着何种关系，而只存在着他对物的占有支配关系。但是，从本质上讲，所有权仍然是一种法律关系。它是因所有人对物的占有支配而与其他非所有人之间产生的法律关系。在这一法律关系中，权利人（所有权人）依法对属于自己所有的物享有占有、使用、收益和处分的权利；义务人（非所有人）则承担不得妨碍所有权人依法行使所有权的不作为的义务。由于所有权的这一特征，在理论上所有权又被称为对世权，即所有权是所有人与社会上全体非所有人之间所生的权利义务关系。

另一方面，所有权法律关系中的客体是物，即有形的财产。因此，所有权在理论上又被称为物权（即物权中的完全物权，因所有权而派生出的其他物权称为限制物权或不完全物权）；而以无形财产（智力成果）为标的的权利，则被称为知识产权。

从上述所有权的特征我们可以看到，所有权一词的使用，往往有着不同含义。因此，一定要注意是在何种场合、何种意义上使用的所有权概念，以确定其正确的法律含义。在民法学的著作中，所有权一词的使用，通常都是将所有权作为民事权利来论述的；在民事立法中，也往往采用这一含义，如民法通则第七十一条规定：“财产所有权是指所有人

依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。”

二、所有权的权利内容

所有权的权利内容，又称所有权的权能，包括以下几项权利（权能）：

（一）占有

占有是对物的实际控制。占有是实现所有权其他权能的基础。占有权可以由所有权人享有，在某些情况下也可以由非所有人占有。所有人的占有是独立的、合法的占有，而非所有人的占有则有着不同的情况。

按照非所有人对物的占有是否有合法根据，可以将非所有人的占有分为合法占有与非法占有。凡有合法根据而占有他人之物，为合法占有，如承租人根据租赁合同而占有租赁物，抵押权人根据担保合同而占有抵押物等。凡没有合法根据而占有他人之物，为非法占有，如将拾得物据为已有，将他人之物窃为已有等。如果物脱离所有人的控制而由他人占有时没有合法根据，则无论以后第三人、第四人……以什么方式取得该物，均为非法占有。

根据非法占有人在占有他人之物时的主观状态，可以将非法占有分为善意占有和恶意占有。凡占有人不知道也无法知道其占有是非法时，为善意占有。例如在集市上按正常市价买了一头猪，而这头猪是出卖人偷来的，但买猪人对此是无法知道的。凡占有人知道或应当知道其占有是非法时，其占有为恶意占有。例如，某人偷窃他人之物据为已有，他当然知道其占有是非法的；而某人明知某物明显低于市价，并且又不是在正常的市场中购买该物，就是应当知道其占有是非法的，这两种情况都是恶意占有。在善意占有中，占有人主观上没有过错，而在恶意占有中，占有人主观上则存在过错。

区分上述占有的不同情况，目的在于在对所有权进行保护时，适用不同的方法。

（二）使用

使用是按照物的特性和用途加以利用，即实现物的使用价值。使用与占有有着密切的联系，没有对物的占有就无法使用，而占有的目的就是为了使用、收益。

使用权可以由所有人行使，但所有人为了获取某种利益或实现某种目的，也可以将物交给他人使用，如将物租给他人使用而获取租金，将金钱借给他人使用而获取利息。

（三）收益

收益是基于对物的使用而获得的利益。收益又称孳息，包括天然孳息和法定孳息。天然孳息是指从物的自然增长中取得收益，如果树所结果实，牲畜所产幼畜等；法定孳息是通过法律行为而产生的收益，如出租人收取的租金，出借人收取的利息等。

收益权通常由所有人享有，但在某些情况下，也可依法由非所有人享有，如农村承包经营户承包经营集体土地和其他生产资料后，对耕种土地所得收益，除完成国家订购任务和上交集体提留外，归承包经营户享有。

（四）处分

处分是决定物的命运和归属，即对物进行处置。处分包括事实处分和法律处分，前者是指将物的自然状态消耗，如将粮食吃掉，将房屋拆除等；后者则是指通过法律行为对财产进行处置，如赠与、出卖、出租、出借等。处分权是所有权的核心权能，因为它涉及到财产的最终归属问题，决定着财产的命运。

处分权一般应由所有人享有，经所有人授权或依法律规定，非所有人也可以享有一定的处分权。例如，国营企业就

有权依法在一定范围处分国家授权它经营管理的财产；抵押权人在债务人不履行债务时，有权依法变卖债务人或第三人的抵押物而优先受偿等。

完整的所有权应当包括上述四项权能。但是，随着商品经济的发展，所有权的权能一项或几项乃至全部脱离所有人的情况也是经常发生的。正是由于所有权的权能与所有权的分离，才产生了各种不同的财产关系。所有权权能分离的途径，主要有以下几种：

第一，债权合同形式的分离，即通过合同而在所有人与非所有人之间建立起债的关系，而使所有物暂时脱离所有人，由非所有人对物享受权利。例如，通过借用合同而将物的占有、使用等权能转移给借用人；通过加工承揽合同而把加工物的占有权转移给承揽人等。

第二，物权形式的分离。即通过所有权权能的分离，使非所有人对所有人的物享有他物权，而所有人仍然享有所有权。目前最常见的是所有权与经营权的分离。这种分离的方式，可以由法律直接规定，如国营企业对国家授予它经营管理的财产，即是依民法通则第八十二条的规定直接享有经营权；也可以通过合同的方式，如农村承包经营户即是通过承包合同而对集体的土地或其他生产资料享有承包经营权。

第三，依照法律而采取的强制分离。例如，人民法院依法对被告财产实行诉讼保全，扣押其财产，在扣押期间，所有权仍归所有人，但财产的占有权却已脱离了所有人，而其他的权能则因占有权的分离，也使所有人无法得以实现了。

三、所有权的取得和消灭

（一）所有权的取得

财产所有权的取得，有原始取得和继受取得两种方式。

1.原始取得

原始取得是指不以他人已经存在的所有权为根据而独立地取得某项财产的所有权。原始取得主要有以下几种形式：

（1）生产。生产是取得所有权的最重要方式。生产既可以是直接获取自然界中的物质资料，如采矿、捕渔等；也可以是将物质资料进行加工，如将原材料制成工业品或消费品等。无论何种方式的生产，都可产生所有权的原始取得。

（2）添附。添附即将属于不同所有人的财产合为一体而不能分离，从而产生新的所有权。其所有权的归属，应视不同情况而定，或为所有人共有，或由一方给付他方价金后单独取得所有权。

（3）国有化和没收。国有化是指将非国有的财产收归国有。没收是指依法将违法所得或作为违法手段的财产予以剥夺，收归国有。

（4）无主财产。无主财产包括抛弃物、无人认领的拾得物、漂流物和走失动物、所有人不明的埋藏物和隐藏物、无人继承又无人受遗赠的遗产等。其中，除对抛弃物实行先占原则（即谁最先取得即归谁所有）外，其他无主物均归国家所有。但是应当注意，对于拾得物、漂流物和走失动物，如果能找到失主，就应当归还原失主。只有超过一定期限（这一期限通常由有关失物招领的法规加以确定）无人认领时，才能成为无主财产而归国家所有。对于无人继承又无人受遗赠的遗产，如果死者是集体组织成员的，遗产归集体所有；其他身份死者的遗产应归国家所有。

2.继受取得

继受取得是基于他人已经存在的所有权，通过某些法律事实而将他人的所有权转归自己享有。例如，买卖、接受赠

与、受遗赠、继承产等，即为继受取得所有权的方式。

以继受取得的方式取得所有权，财产所有权从财产交付时起转移，法律另有规定或者当事人另有约定的除外。交付的形式，可以有不同的情况：

(1) 当面交付的，转移占有即为交付；

(2) 以托运或邮寄方式交付的，将物交于运送人或邮局，即为交付，其交付时间以运送人或邮局在托运单、邮单上的戳记为准；

(3) 法律规定需要经过特定程序的，依特定程序办理有关事项（如登记、公证等）后，即为交付；

(4) 以有价证券作为交付标的（如提单、仓单等）的，转移有价证券的占有即为交付。

（二）所有权的消灭

所有权的消灭是指所有人不再对物享有所有权，包括绝对消灭和相对消灭两种方式：

1.绝对消灭

绝对消灭是指物本身的消灭，如被消费掉、意外灭失等。绝对消灭不仅使所有人丧失了所有权，而且其他任何人也无法取得该物的所有权，因为作为所有权客体的物已经不存在。

2.相对消灭

相对消灭是指因某种法律事实的发生，而使所有人丧失了所有权，但其他人仍可以取得该物的所有权。例如，出卖人根据买卖合同将自己的财产转归买受人所有，自己丧失了该财产的所有权，而对方却因此而取得了该财产的所有权。

第二节　所有权的种类

按照民法通则第七十三条至第七十五条的规定，我国的

所有权可以分为三类，即国家所有权、集体所有权和个人所有权。

一、国家所有权

民法通则第七十三条规定："国家财产属于全民所有。"因此，国家所有权是指国家作为权利主体而代表全国人民对国家财产行使占有、使用、收益和处分的权利。

（一）国家所有权的客体

国家所有权的客体即国家财产，主要包括下列几种：

1.国家专有的自然资源和财产，如矿藏、水流、军事设施等；

2.国家所有的土地、山岭、森林、草原、荒山、荒地、滩涂等自然资源；

3.国家所有的自然保护区、风景游览区；

4.国家所有的历史文物，如古建筑、古墓址、古遗址、古生物化石等；

5.国家授权全民所有制企业（国营企业）经营管理的财产；

6.国家交予全民所有制事业单位管理或使用的财产，如文化、教育、卫生、科研、体育设施；

7.国家在国外的财产；

8.国家的其他财产。

国家财产神圣不可侵犯，禁止任何组织或者个人侵占、哄抢、私分、截留、破坏。

（二）国家所有权的行使

国家是国家所有权的主体，代表全国人民对国家财产行使所有权。但是，鉴于国家财产的不同作用，国家也通过不同的方式来行使权利：

1.国家以财产所有人的身份直接行使权利。这种情况较少，国家通常仅对国库财产直接行使所有权。

2.国家授权各级政府代表国家行使权利。这种方式是指，按照“统一领导、分级管理”的原则，由国家对国家财产管理的方针、政策作出统一的规定，然后由各级地方政府职能部门按统一的方针、政策对国家授权它们管理、使用的国家财产行使权利。

3.国家授权国营企业对国家财产行使经营权。关于经营权的内容将在后面专门论述。

4.国家将国有财产交给事业单位或其他法人组织占有和使用。

5.国家授权有关单位以出资人的身份进行投资，组织股份制企业，出资单位对企业财产享有股权，行使股东的权利。

二、集体所有权

民法通则第七十四条规定：“劳动群众集体组织的财产属于劳动群众集体所有。”如果结合民法通则关于法人的有关规定来看，集体所有权是指由集体所有制法人代表劳动群众集体对集体财产行使占有、使用、收益和处分的权利。

（一）集体所有权的客体

按照民法通则第七十四条的规定，下列财产为集体财产：

1.法律规定为集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂等；

2.集体经济组织的财产；

3.集体所有的建筑物、水库、农田水利设施和教育、科学、文化、卫生、体育等设施；

4.集体所有的其他财产。

集体所有的财产受法律保护，禁止任何组织或者个人侵

占、哄抢、私分、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

（二）集体所有权的分类

1.区域性的集体所有权

这种所有权的重要特征，在于它以区域来确定集体成员的范围，凡属本区域内的公民，即为集体成员，就对该所有权享有权利。目前，区域性的集体所有权主要是农村土地集体所有权。按照民法通则第七十四条第二款的规定，集体所有的土地依照法律属于农民集体所有，由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营管理。已经属于乡（镇）农民集体经济组织所有的，可以属于乡（镇）农民集体所有。

2.乡镇企业集体所有权

随着农村经济体制改革的发展，乡镇企业已成为国民经济中的一股不可忽视的力量。乡镇企业集体所有权归乡镇企业所有，但其体现的利益，则因建立该企业时的出资情况不同而有所不同：凡以社区集体所有权的积累作为投资而建立的乡镇集体企业，其利益（指乡镇企业所得的纯利润）归社区全体成员享有；凡通过各方集资而建立的乡镇集体企业，其利益则归各出资人享有。

3.城市集体企业所有权

城市集体经济是社会主义集体经济的重要组成部分。我国的城市集体企业，其所有权归企业享有。按照集体企业产生的途径不同，可分为下列几种形式：

（1）隶属于有关部门的集体企业。这类企业最初产生于三个途径，即解放初期的群众性生产合作社、“一化三改”时城市个体手工业者组成的手工业合作社和国家机关实行供给制时主办的企业，这些合作社和企业后来按各自的业务

性质划归不同的主管部门管理。后来，各主管部门也开办了一些集体企业。

（2）隶属于各国营企事业单位的集体企业。这类企业始建于"文化大革命"结束以后，大批知青返城，一些国营企事业单位为了解决本企业职工子女待业问题，扶植开办集体企业，招收本单位的职工子女。这类企业在刚开始出现时，一般为劳动服务公司，后来已发展为经营各种工商业、服务业的各种企业了。

（3）隶属于街道劳动服务公司或生产合作联社的集体企业。这类企业，一部分是50年代家庭妇女组织的企业，另一部分则是"文化大革命"后由返城知青等待业人员组织的企业。按照我国的经济管理体制，现大都由街道劳动服务公司或生产合作联社管理。

4.集体事业单位

在城市和乡村，目前都有一些集体所有制性质的事业单位，如托儿所、幼儿园、医院以及文艺、科研单位等，其所有权归该事业单位法人行使。

（三）集体所有权的行使

按照有关法律、政策的规定精神，集体所有权的行使，应当遵循下列原则：

1.实行民主管理，凡涉及集体组织的发展方向、生产经营、人员增减、收益分配、成员奖惩等重大问题，都应经社员（代表）大会或职工（代表）大会讨论决定。

2.集体所有制企业在国家法律、政策、计划许可的范围内，享有经营自主权。

3.以集资方式建立的集体企业，可依法按一定比例分红。

4.集体企业依法缴纳所得税后的利润，应当用于企业发展生产和扩大经营、补充流动资金，并应有适当的比例用于职工集体福利和劳动分红。

5.集体企业实行独立核算、自负盈亏。

6.集体组织的经营方式，在不改变集体所有制性质的前提下，可以采取多种形式的经济责任制。

三、个人所有权

个人所有权是指公民对其合法收入、房屋、储蓄、生活用品、文物、图书资料、林木、牲畜和法律允许公民所有的生产资料以及其他合法财产，依法行使占有、使用、收益和处分的权利。

公民的合法财产受到法律保护，禁止任何组织和个人侵占、哄抢、破坏或者非法查封、扣押、冻结、没收。

公民的个人所有权，按财产的用途来分，包括生活资料所有权和生产资料所有权。公民对其生产资料行使所有权时，应当注意，如果是运用生产资料进行营业性活动，应到工商行政管理部门进行营业登记，依法经核准登记，领取营业执照后，才可以在核准登记的范围内进行经营活动。当然，对于农村集体组织成员来说，运用自己的生产资料进行农、副业生产活动，是无需进行工商业营业登记的。

第三节　共　　有

一、共有的概念和特征

共有是指两个以上的公民、法人对同一项财产共同享有所有权、使用经营权及知识产权等民事权利（由于对财产所有权的共有包括了共有的全部特征和种类，因此在本章中对

共有加以论述，但共有的理论是可以在使用经营权、知识产权中适用的）。

共有具有如下法律特征：

（一）共有关系的产生，必须有两个以上的民事主体对同一项财产享有权利，如果只有一个权利主体，则不产生共有关系。

（二）共有关系必须是多个权利主体对同一项财产享有同一种类的民事权利。例如，共同享有所有权、共同享有使用权经营权等。如果是对同一项财产享有不同种类的民事权利，如一个民事主体享有所有权，而由另一个主体享有经营权，则不构成共有关系。

（三）共有关系并不产生新的所有权类型。在任何经济性质的所有权中，都可能产生共有关系。不同经济性质的民事主体，也可以成为同一项财产的共有人。

（四）共有不同于公有。共有是多个权利主体对同一项财产享有权利、承担义务，是法律概念。而公有则是一种所有制形式，是经济概念。两者在不同的情况下使用，不能混为一谈。

（五）共有的产生，可以基于共同的行为，如共同劳动、共同购买、共同经营、共同继承等；也可以基于某种特定的身份关系，如夫妻共有财产、家庭共有财产等。

二、共有的分类

按照共有人享受权利和承担义务的不同，可以将共有分为按份共有和共同共有：

（一）按份共有

按照民法通则第七十八条的规定，按份共有是指共有人

按照各自的份额，对共有财产分享权利，分担义务。

按份共有有如下法律特征：

1.对于共有财产，可以确知每个共有人所享有的份额。共有人所享有的份额，可以依共有人之间的约定确定。如果共有人之间没有约定，共同购买财产或共同经营的，应按出资比例确定各自份额；共同劳动而产生的财产，按各自付出劳动的多少确定份额；共同继承的，则按法律的规定确定份额。

2.每个共有人仅按照自己对共有财产的份额，享受权利并承担义务，即按份共有人仅对自己的份额享有权利、承担义务。

3.按份共有财产的每一个共有人都有权将自己的份额分出或转让。但在出售时，其他共有人在同等条件下，有优先购买的权利；只有当其他共有人放弃了优先购买权时，才可以转让给共有人以外的人。

（二）共同共有

按照民法通则第七十八条的规定，共同共有是指全部共有人平等地、不分份额地对共有财产享有权利、承担义务。共同共有关系主要有夫妻共同共有和家庭共同共有。

共同共有有如下法律特征：

1.对于共有财产，共有人不分份额地享受权利、承担义务。他们之间的权利是平等的，每一个共有人都有权对全部财产行使占有、使用、收益和处分的权利，并承担因该财产而产生的义务。

2.共同共有一般是基于特定的身份关系而依法产生的。例如，我国婚姻法第十三条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，归夫妻共同共有，双方另有约定的除外。”

因此，如果夫妻之间没有作另外的约定，则一旦婚姻关系成立，婚后所得财产即为夫妻共同共有。

3.共同共有财产只有在分割后才能确知每个共有人的份额。但对于夫妻共同共有财产，当一方死亡时，继承法规定了另一方的确定份额为全部共有财产的一半（继承法第二十六条）。对于家庭共有财产，在分割时应由共有人协商确定，协商不成的，可以向人民法院起诉，由人民法院裁决。

第四节　所有权的保护

在我国法律中，所有权受到不同法律手段的保护，即刑事的保护手段、行政保护手段和民事保护手段，民法的保护手段。是通过民事诉讼的方式得以实现的，因此，主要表现为以下几种诉的方式：

一、确认所有权之诉

当两个以上的民事主体对同一项财产的所有权发生争议时，占有财产的人可以向人民法院提起诉讼，请求确认其对该财产享有合法的所有权。

二、排除妨害（妨碍）之诉

当所有人对自己的财产行使所有权受到非法妨害（妨碍），或者自己的财产所有权将要受到他人的危害时，所有权人有权提起诉讼，请求排除妨害（妨碍）。

三、恢复原状之诉

当财产受到他人非法侵害而损坏时，能够修复而复原的，财产所有人有权提起诉讼，要求侵害人对被损坏的财产进行修复。

四、返还原物之诉

当财产被他人非法占有时，财产所有人有权提起诉讼，要求返还原物。采用这种保护方法，应注意下面几个问题：

（一）原物必须存在。如果原物已经损毁灭失，则只能采取其他的保护方法。

（二）只能向非法占有人提出。如果他人是合法占有，则不能提起返还原物之诉。

（三）原物被无权转让的非所有人转移给第三人时，是否适用返还原物的保护方法，可考虑遵循下列原则处理：

1.第三人的占有是否有偿，如果是无偿占有，则应将原物返还给所有人；

2.如果第三人是有偿占有，则要考察第三人是否为善意占有。如果是恶意占有，则应将原物返还给所有人。

3.如果第三人是善意占有，则要考虑原物是否依所有人的意志而脱离所有人。如果原物是依所有人的意志而脱离所有人，则不适用这种保护方法。例如，所有人将自己的财产借给他人，而借用人又将该财产卖给善意第三人，则所有人不能要求第三人返还原物，而只能要求借用人赔偿损失。如果原物不是依所有人的意志而脱离所有人，则可以适用这种保护方法。例如所有人的财产被他人偷窃后，卖给善意第三人，则所有人有权要求返还原物，而由善意第三人要求转让给他财产的人赔偿损失。在返还原物时，善意第三人为维护、修理、保管该财产而支出的费用，应由所有人给予补偿。

五、赔偿损失之诉

财产因受侵害而使所有人受到损失，所有人即有权提起诉讼，要求赔偿损失。即使是在适用了前述四种所有权的保护方法之后，如果所有人仍然受到损失，仍然有权要求赔偿

损失。

六、返还不当得利之诉

在返还原物时，因原物而产生的利益，对于侵占人来说，是不当得利，也应返还给所有人。

前四种所有权的保护方法，其目的在于保证财产所有人实现对自己财产的占有、使用、收益和处分的权利，在民法理论中被称为物权的保护方法。

后两种保护方法，其目的在于补偿所有人因其所有权受到侵害而产生的损失，在民法理论上被称为债权的保护方法。

这两类不同的保护方法在适用时，应当首先考虑适用物权的保护方法。只有在无法适用物权的保护方法时，才能适用债权保护方法；在适用物权保护方法的同时，也可以考虑适用债权的保护方法。即是说，法律首先考虑的是保证所有人实现其财产所有权，然后再考虑对其因所有权受到侵害所造成的损失给予补偿。

第十章　其他物权

第一节　使用权

一、使用权的概念和法律特征

使用权是使用人根据法律或者行政命令而取得的对国有土地、集体所有土地、其他自然资源及财产的占有、使用的权

利。

使用权作为一种独立的民事权利，除具有使用经营权的一般特征外，还具有如下法律特征：

（一）使用权的目的是实现被使用物的使用价值

根据这一特征，享有使用权的组织和个人只能按照其使用权的内容对该财产进行合理使用。如果要将被使用的财产用于经营活动，则必须按照法律的规定取得合法的经营权方得进行经营。从理论上讲，财产所有人将财产交给他人使用和经营，就会产生两种不同的法律后果。对土地、其他自然资源和财产的有偿使用，使用人如果从被使用财产上所取得的利益要少于经营人，因而其使用费亦应较经营权人的应付费用为少。反之，如果使用人将被使用的财产用于经营活动，当然也就应当增加应付的费用。

（二）使用权的目的具有特定性，非经合法程序使用人不得任意改变被使用的用途

行使使用权的目的是实现物的使用价值，因此财产的所有人往往要根据具体情况来确定将其财产交给使用人用作何种目的。这一使用目的一经确定，就不得任意改动。任意改变使用权的使用目的的行为应当承担法律责任。

（三）使用权的取得方式，可以是依法律而取得，也可以是依行政命令而取得

依法律取得的使用权，主要指公民对国有土地享有的宅基地权。这种使用权是随公民取得地上的房屋而产生的。只要公民享有了房屋的所有权，他就对房下及房屋四周一定范围内的土地享有了使用权、这种情况有时也会在国家机关、事业单位、社会团体购买房屋时产生，一旦上述组织经有关部门批准购买房屋，从而取得了对该房屋的使用权（或所有权）

时，也就对地下及房屋四周一定范围的土地享有了使用权。

依行政命令取得的使用权，是使用权取得的主要方式。在一般情况下，除了上述由于取得地上建筑物的所有权或使用权而取得对土地的使用权之外，其他的使用权（如对自然资源的使用权、对建筑物的使用权、对其他土地的使用权等）通常都要依照有关行政主管部门的行政命令而取得。

在某种特定情况下，使用权的最终取得，有时还可能要依靠某种合同行为才能完成。例如，某学校由国家主管部门批准在某片土地上建立新校址，但这片土地上有其他居民。那么，学校还应与当地居民签订搬迁合同。只有当该地的居民依合同搬迁后，学校才能最终实现其对该片土地的使用权。

（四）对于土地的使用权，其权利仅限于地表不能及于地下的矿藏

土地的使用权人仅享有占有、使用土地表面的权利，而地下矿藏的占有、开采则统一由国家进行计划安排。因此，时常会发生地表的使用权人与地下矿藏的采矿权人不一致的情况。对此，使用权人不得以自己的使用权妨碍采矿权人的权利，而采矿权人如果因矿藏的开采给地表使用人造成损害的，则也应当承担相应的民事责任。

二、土地使用权

土地是十分宝贵的自然资源，它不能象其他财产那样任意的扩大和增加。因而对于土地使用权的法律调整往往与对于土地所有权的法律调整具有同等重要的作用。对此，我国宪法第十条第五款明确规定："一切使用土地的组织和个人必须合理地利用土地。"

我国的土地使用权，根据权利客体的不同以及由此而产生的法律规定的不同，大体可以分为如下几种类型：

（一）国有土地使用权

国有土地使用权是指国家机关、事业单位、社会团体及企业依法对国有土地行使占有、使用和收益的权利。我国民法通则第八十条第一款规定："国家所有的土地，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。"

从上述规定我们可以看出，国有土地使用权具有如下法律特征：

1.国有土地使用权的产生，是经国家主管部门的批准（或行政命令）而产生。因而是通过纵向的法律关系而取得的。任何组织和个人都不能在没有主管部门的批准的情况下取得对国有土地的使用权；已经取得国有土地使用权的单位，也不得非法擅自将自己的使用权转移给他人。

2.国有土地使用权对于使用人来说，既是一种权利，又是一种义务。作为民事权利，使用人依法对国有土地占有和使用，受到法律的保护，任何组织和个人均不得非法侵害；而作为民事义务，使用人则必须对国有土地妥善管理和保护，并进行合理的利用，决不允许对国有土地任意毁坏，也不允许对国有土地进行浪费使用。一旦因不合理使用而给国有土地造成危害的，使用人即应承担法律责任。

3.目前对国有土地的使用是长期的、无偿的。这种情况对国有土地的合理使用极为不利，由于土地的长期无偿使用，往往使使用权人不注意提高对国有土地的使用效益，盲目申请扩大用地，造成了土地这种宝贵的资源的极大浪费，使我国本来就不太多的可用土地越来越显得紧张，甚至蚕食可耕地，造成了严重的后果。对此，我们认为应当改变目前这

种土地无偿使用的状况，实行土地有偿使用制度。鉴于使用权人的不同情况，可以将土地使用分为公益性使用和营业性使用两种不同内容的使用权，并将营业性使用划为经营权，适用经营权的有关法律进行调整。在土地使用费的收取上，对公益性使用和营业性使用适用不同的标准；对于那些没有收入的公益性使用单位，还可以规定不同的法律、政策给予优惠，酌情减免。总之，针对目前我国可耕地不断减少，土地的使用盲目浪费的情况，改革当前的国有土地使用制度已是势在必行，必须采取有效措施依法保护对国有土地的合理使用。

（二）房基地权

城市或农村的公民个人拥有私有房屋的，对房屋之下的房基地即享有房基地权也称房基地使用权；在农村，由于公民除享有自有房屋之下的房基地权外，还对依法归自己使用的宅院享有所有权，因而又被称为宅基地权。

房基地权（宅基地权）是我国公民享有的一项重要民事权利，它具有如下法律特征：

1.房基地权的客体，可以是国有土地，也可以是集体所有的土地。但由于权利客体的不同，其取得的条件和方式也就有所不同。

公民在国有土地上享有的房基地权，一般是基于对地上的房屋享有合法的所有权而当然取得的。只要公民通过合法的方式取得房屋的所有权，同时也就取得了对房屋基地的使用权。但是应当说明，由于房屋产权的确认是一次严格的要式法律行为，因此，公民取得房屋所有权的标志应是经国家房屋管理部门审查确认并核发房产所有权证。凡未办理合法审批手续而自行建设的房屋，均属违章建筑，不仅不能享有

房基地权，而且还应将违章建筑拆除。

非城镇居民在集体所有的土地上享有的宅基地权，情况则比较复杂。目前，虽然国家尚无统一的规定，但许多地方已经制定了有关农村宅基地的用地标准的法规。因此，公民对集体所有的土地享有的宅基地权，首先必须符合当地法规所规定的用地标准；同时还应依法定程序办理审批手续。凡超过用地标准而建造的宅院，均应将多占土地归还集体，由集体另作按排。任何人都不得利用手中的权势多占集体所有的土地。对这种侵占集体土地的行为，每一个集体成员都有权向有关部门请求依法强令侵占人退还集体土地。

由于公民对集体所有的土地享有的宅基地权是按照公民的实际情况，依法定程序取得的，因此公民在出卖该地上的房屋时即要受到一定的限制。一般情况下，如果房屋所有人因其具体情况确实不再需要该房屋时，应当将不需要的宅基地归还集体，地上的房屋可以拆除将材料带走，也可以通过集体组织出卖给他人。经集体同意出卖的房屋，新的房屋所有人即按法规所规定的标准享有宅基地权。

（三）中外合资经营企业、中外合作经营企业与外资企业以及经济特区、开发区土地使用权

为实行对外开放的政策，我国除了吸引外资在华投资外，还开辟了经济特区和开发区，在经济特区和开发区内实行各种优惠政策，以吸引国内资金和外国资金进行投资。无论是国内资金的投资，还是国外资金的投资，所建立的企业虽然对国家的土地并不享有所有权，但享有对这些土地的使用权——即因在我国境内的中外合资企业、中外合作企业和外资企业，以及因在经济特区和开发区的土地上建立企业而产生的对企业所在的土地的使用权。

这种土地使用权具有如下法律特征：

1.权利主体是中外合资企业、中外合作企业、外资企业、以及在经济特区和开发区内建立的企业。

2.权利的客体只限于我国对外开放地区、经济特区、开发区的土地。

3.土地的使用是有偿的，使用者应缴纳一定数额的土地使用费。目前，有的地方对这类土地使用权的取得，采取了招标的办法，支付土地对最高使用费者取得土地使用权。这样，这部分土地的使用权已经逐步体现出了其商品的性质，为实现土地商品化作出了有益的偿试。

4.土地使用权可以作为中外合作经营企业中方合作者的合作条件。这是这类土地使用权的重要特征，实际上就已经说明在中外合作经营企业中，土地使用权已经作为一种商品而参与经济活动了。

5.这类土地使用权的取得需经过特定的程序，除采取招标形式取得使用权外，都要向有关主管部门提出申请，经审查批准后才能取得土地的使用权。

二、土地以外其他自然资源的使用权

民法通则第八十一条规定："国家所有的禁林、山岭、草原、荒地、滩涂、水面等自然资源，可以依法由全民所有制单位使用，也可以依法确定由集体所有制单位使用，国家保护它的使用、收益的权利；使用单位有管理、保护、合理利用的义务。"

这类使用权除权利客体与国有土地的使用权有所不同外，其他方面的法律特征均与国有土地的使用权相同。

三、国家财产的使用权

除国有土地和土地以外的其他自然资源外，国家还有大

量的其他财产，如建筑物、公共设施、公用设备等。这些国家财产通过行政命令的方式交给有关国家机关、事业单位、社会团体等使用(通常是无偿的)。一旦通过合法程序确立了这种使用权关系，国家即依法保护国家机关、事业单位、社会团体对国家财产占有、使用的合法权利，任何其他个人和组织均不得对其使用权进行非法侵害；同时，享有使用权的单位也必须依国家财产的性质进行合理的使用，充分发挥其使用价值和效益，并与任何侵占、损毁国家财产的个人和组织作有效的斗争。

第二节 经 营 权

一、经营权的概念和法律特征

经营权是指所有权人以外的其他民事主体依法对所有人的财产占有和使用，并运用这些财产进行经营活动，从而获得收益的权利。根据所有权人的授权或者协议的约定，经营权人还可以对其经营的财产行使一定范围和一定程度上的处分权。

经营权作为他物权，除具有他物权的一般特征外，还有其特有的法律特征：

（一）经营权的主体必须是符合法律规定的特定的公民或法人。对于公民来说，只有农村集体经济组织的社员才能够成为土地及其他自然资源的承包经营权主体；只有具有某种特殊技艺或管理能力的人才能够成为企业承包经营权的主体。而对于法人来说，只有全民所有制企业法人才能够对国家授予它经营管理的财产享有经营权，等等。

（二）经营权的客体是生产资料。这是由经营权的目的

所决定的。由于行使经营权的目的就是为了从事经营活动，因此其权利客体当然就只能是生产资料。但是，对于生产资料的理解不应只限于固定资产，还应当包括流动资金。这是因为对于经营者来说要想进行正常的经营活动，就必须将其经营的财产按照一定的比例划分为固定资产和流动资金。所以虽然流动资金有时会表现为货币形态，但它仍然应当属于经营权客体的一部分。

（三）经营权具有特定的内容。国营企业对国家授予它经营管理的财产享有经营权，必须符合该企业依法办理企业法人登记并经核准登记后核定的经营范围。只有在此范围内进行的经营活动，才能得到法律的保护，其经营权的行使才具有合法性。否则，如果超越经营范围从事营业活动，不但得不到法律的保护，还将受到法律的制裁。

还应说明，经营权的权利主体在享有经营权的同时，也就承担了相应的业务——对于经营权人与其他人来说，经营权是权利人所享有的一项民事权利，任何人不得非法侵害；而对于经营权人与财产所有人来说，依法运用这些财产进行妥善经营同时又成为经营权人的一项义务。经营权人必须按照所有权人的授权进行经营，不得擅自改变经营权的内容。当然，如果经营权人正确地履行了这些义务，财产所有人也即应当承担一定的义务，即不得对经营权人的正常经营活动进行非法干预，并为经营权人进行经营活动提供相应的条件。

（四）经营权的取得，可以依法律规定直接取得，也可以依特定的合同（协议）而取得。

1.依法律规定取得经营权

这种方式主要是指全民所有制企业法人，根据民法通则的规定而对国家财产享有经营权。全民所有制企业法人

经营权的取得，无须其他的法律行为，只要它依法成立，取得法人资格，就对其设立时国家授予它进行经营管理的财产享有经营权。

2.依行政程序取得经营权。

这种方式主要发生在采矿权的取得中。按照法律规定，采矿权应经有关主管部门批准并颁发采矿证后方由采矿权人取得。

3.依特定的合同（协议）取得经营权

这种方式主要发生在下列情况中：

（1）农村集体组织成员依承包合同对集体所有的土地及其他生产资料取得的承包经营权；

（2）有一定专长或技能的公民依承包合同对国家或者集体所有的土地以外的自然资源取得承包经营权；

（3）公民或法人（主要指企业法人）依承包合同对被承包的企业取得承包经营权。

二、全民所有制企业法人的经营权

全民所有制企业法人（以下简称国营企业法人）的经营权是指国营企业对国家授权它经营管理的国家财产享有占有、使用、收益和一定的处分权的权利。

国营企业法人的经营权有如下法律特征：

（一）权利主体一般限于国营企业。但随着经济体制改革的不断深入发展，小型国营企业已经出现由个人、合伙、集体承包或担负的管理形式。对于这些在改革中出现的新问题，经营权的主体究竟应属于个人、合伙、集体，还是仍属于国营企业，尚有待于进一步探讨。我们认为，当出现上述情况时，应给予具体的分析。对于承包企业来说，承包人只是通过承包合同的方式取得了对该企业进行经营管理的权

利，而对国家财产经营权来说，仍然应属于该国营企业享有。而如果是租赁企业，则由于承租人要比承包人承担更重的义务，因而也即应当享有更多的权利。所以当小型国营企业实行租赁经营后，其经营权的主体亦应为作为租赁人的个人、合伙或集体。

（二)权利客体包括固定资产、流动资金和企业基金三个主要部分。目前，在国营企业流动资金的管理上，实行的是流动资金贷款制度，即国家将核定的流动资金额度拨给银行，再由银行以贷款的形式借给国营企业。这种管理方式已经不能适应目前的实际情况。按照这种管理办法，许多国营企业的流动资金都是银行贷款，当发生资不抵债时，这些企业只能以其固定资产承担责任，而贷来的流动资金则不能作为承担责任的依据，这必然会侵犯与这些国营企业进行经济交往的其他个人或组织的合法权利。因此，应当对目前这种国营企业流动资金的管理办法进行改革，明确流动资金的经营权归国营企业享有，即将流动资金不再作为国营企业的贷款，而是作为它的自有资金，使国营企业的资金与信誉一致起来，保证整个经济秩序的稳定。

由于国营企业是从事生产经营的经济组织，其经营活动必然会产生利润增殖。对于在国家授权国营企业经营管理财产后，经过生产性或营业性活动而取得的利润（指依法纳税后的纯利润)的归属，尚无明确的法律规定。在理论上有两种不同的观点：一种意见认为，这部分利润属于国家财产的增殖，因此其所有权应归国家所有，国营企业仍只享有经营权。另一种意见则认为，这部分利润是国营企业应依法履行了对国家的义务后取得的财产，是企业全体劳动者所创造的，因此应归企业所有（有的理论则主张应归企业全体成员

集体所有）。按照后一种理论，国营企业对其财产的权利，就既包括对国家财产的经营权，又包括对企业财产（或企业全体成员集体财产）的所有权。

目前，对上述税后留利财产的法律性质尚无明确规定，但一般认为这部分留利财产以及固定资产的折旧基金和税前提取的某些基金等财产的总和，构成了企业基金。企业基金主要分为如下几种专项基金：

1.生产发展基金。主要来自固定资产的折旧基金自留部分和企业利润留成。这部分基金的用途，主要是保证企业扩大再生产以及新产品试制、科研、技术更新改造、职工技术培训等。

2.职工福利基金。这部分基金是按照企业职工的工资总额从企业的全部收入中按一定比例提取的，主要用于本企业职工的各种福利事业。

3.奖励基金。奖励基金来源于企业的税后税润留成，用于发放职工的奖金。但要说明，企业的利润留成不能全部用来作为奖励基金，而只是按一定的比例提取。同时，发放给职工的奖金，只能从奖励基金中提取，不能占用其他基金发放奖金，并要照有关法规的规定依法缴纳奖金税。

4.厂长基金。这是在实行经济体制改革后出现的。它按照一定的比例从企业总收入中提取，主要用于厂长为正常行使职权而作出的必要支出以及对有特殊贡献的职工、干部的奖励等。

（三）国营企业法人经营权的内容，主要有以下几个方面：

1.企业对国家授权它经营管理的财产，享有占有、使用、收益的权利，并且在一定的范围内享有处分权。

2.在完成国家计划任务之后，企业有权根据自己的生产能力和条件，自行按排生产，并有权自销这些完成计划后的产品。

3.按照有关法规的规定，企业有权处分多余、闲置的固定资产，包括出租和有偿转让。但出租固定资产所得收入和转让固定资产所得的价金，仍应用作企业添置固定资产，作为企业的生产发展基金。

4.对于国家授权企业经营管理的资金，企业享有自主权，有权依法根据生产发展的需要对资金进行合理的使用按排。对于企业基金，企业有充分的支配和使用权利。

5.国营企业作为自主经营的法人，享有独立的财产经营权，因此在经济活动中，也应以其经营管理的财产独立地承担民事责任，国家除授权给企业经营管理的财产外，不再对国营企业的债务承担责任。

（四）国家作为国营企业财产的所有人，仍然享有如下权利：

1.国家根据经济发展的需要确定企业的经营方向、经营规模、经营范围等。这种确定要通过法律程序来完成，一般都在企业进行法人登记时所提交的有关申请材料中加以确定。

2.对于一部分与国计民生有直接影响的产品，国家有权通过指令性计划规定某企业对于某项产品的生产规模、产品去向等。这些指令性计划具有法律效力，企业必须服从。

除指令性计划外，国家还通过指导性计划来对国营企业的经营方向进行引导，使之符合国家、社会的要求。

3.国家根据国民经济的发展要求，有权决定对国营企业实行关、停、并、转、扩等措施，这是国家对国营企业财产行

使所有权的重要体现。这种权力是国家所有权中最重要的内容。

4.国家为了更好地对国营企业财产行使所有权，还可以通过纵向的权力来保证自己的所有权得以实现。这主要表现为国家通过税收的形式参与并调节企业收入的分配，指导企业的经营方向，以及通过信贷、价格政策等对市场进行调节，从而达到调节企业经济活动的目的。

三、采矿权

采矿权是指民事主体依照法定程序而取得的对于国家的矿产资源行使占有、开采并依法进行处分的权利。采矿权的基本内容主要在我国《矿产资源法》中加以规定。按照法律的规定，采矿权有如下法律特征：

（一）采矿权的主体，可以是国营企业、集体企业，也可以是公民个人。民法通则第八十一条规定："国家所有的矿藏，可以依法由全民所有制单位和集体所有制单位来开采，也可以依法由公民采挖。"

采矿权的主体虽然可以是国营企业、集体企业，也可以是公民，但法律对于不同的主体作了不同的规定。按照矿产资源法的有关规定，集体矿山企业可以开采国家指定范围内的矿产资源，还可以开采国营矿山企业矿区范围内的边缘零星矿产。国家为鼓励发展小煤窑、黄金生产等，也允许乡镇企业开办小煤窑、开采黄金等，但必须符合矿产资源法的有关规定。对于个体采矿者，法律规定是允许个人采挖零星分散资源和只能用作普通建筑材料的矿、石、粘土以及为生活自用采挖少量矿产。

（二）采矿权的客体，是属于国家所有的矿产资源。按照法律的规定，虽然我国的土地分为国有土地和集体所有土

地，但所有地下的矿产资源均属于国家所有。这一特征说明，即使是在集体所有土地之下的矿藏，土地所有者也不能对地下的矿藏任意开采，只有在依法律程序取得采矿权后，才有权开采矿藏。

（三）采矿权人的权利和义务

1.采矿权人依法取得采矿权后，即对规定范围内的矿产资源享有占有、开采和依法处分的权利。任何人不得对采矿权人行使合法权利进行妨碍和侵害，否则即要承担民事责任。

2.采矿权不得买卖、出租，不得用作抵押。这是目前法律对采矿权人的一种限制。根据这一限制，采矿权人不得将自已的权利有偿转让给他人，而只能由采矿人自已行使权利。

3.对一些重要的矿产资源，如黄金、白银等贵重金属，国家规定采矿权人必须向国家指定的收购单位出售矿产品。对此类矿产品，任何其他单位或者个人均不得收购，开采者也不得向非指定的单位销售该类矿产品。

4.矿产资源一般实行有偿开发。矿产资源法第五条规定："国家对矿产资源实行有偿开采。开采矿产资源，必须按照国家有关规定缴纳资源税和资源补偿费。"

（四）采矿权的取得，需经过严格的法律手续。由于矿产资源是国家的重要财富，因此对矿产资源的开采，法律规定必须履行严格的法律手续。按照矿产资源法的规定，开办国营矿山企业，要分别由国务院、国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府审查批准；开办乡镇集体矿山企业审查批准以及个体采矿的管理办法，由省、自治区、直辖市人民代表大会常委会制定。经有关部门依合法程序审查批准，颁发采矿许可证后，矿山企业和个体采矿者才能够享有采矿权。凡未依法取得采矿许可证而擅自采矿的，有关部门

和单位有权要求停止开采和赔偿损失，对其采出的矿产品和违法所得应予没收，并可以并处罚款；拒不停止开采，造成矿产资源破坏的，要依照刑法第一百五十六条的规定对直接责任人员追究刑事责任。

四、承包经营权

承包经营权是承包人根据承包合同而取得的对承包财产的占有、使用、经营和收益的权利，在有些承包经营权中，承包人也在一定范围内享有对承包财产的处分权。

承包经营权最初产生于农村集体经济组织内部对土地和其他自然资源或生产资料（如水塘、荒地、果园等）的承包经营。农村集体经济组织成员通过与集体经济组织签订承包合同，成为承包经营户，对承包财产（土地、水塘、荒地、果园等）享有经营权。后来这种方式被企业所借鉴，从而产生了企业的承包经营权。这类经营权有如下特征：

（一）承包经营权是由合同而产生的物权。按照承包合同，承包人享有了对承包财产的占有和支配的权利，这种权利虽然是由合同赋予的，但具有物权的法律效力。

（二）由于承包合同是承包经营权产生的合法依据，因此承包人与发包人均应依承包合同中所确认的双方权利义务进行活动。承包人如果违反合同规定的义务，发包人有权要求承包人履行义务，严重违反合同义务的，发包人有权要求解除承包合同，收回承包财产；发包人违反合同无理妨碍承包人行使权利的，承包人也有权依法要求排除妨碍。如果承包财产被非法侵占，承包人有权要求返还原物，因非法侵占而造成经济损失的，承包人还有权要求赔偿损失。

第三节　相邻权

一、相邻权的概念和法律特征

相邻权是指不动产的权利人对与其相邻的属于他人享有权利的不动产所享有的权利。这种权利的内容，根据不同的情况，既可以是权利人要求对方给予自己一定的便利；也可以是要求对方采取必要的限制，以保证实现自己的权利。

相邻权是指相邻的不动产的所有人或使用经营人在行使自己的所有权或使用经营权时，因相互间应当给予便利或进行限制而产生的权利义务关系。

相邻权具有如下法律特征：

（一）相邻权产生的基础是不动产相邻这一事实。因此，这种权利不能因当事人的民事法律行为而产生。只要具有不动产相邻这一事实，在相邻人的相互间，就会当然产生相邻权法律关系。

（二）相邻权是权利人对他人财产所享有的权利。相邻权的内容，是权利人要求对方给予便利或者限制。这种权利不是权利人对自己的财产享有的权利，而是由于不动产的相邻而在相邻人的财产上所享有的权利。从这个意义上讲，相邻权也可以说就是义务人对自己行使所有权或使用经营权时所做的必要限制(给予对方便利实际上也就是对自己的限制)。

(三)因行使相邻权而使相邻人受到损失的，权利人应当给予适当的补偿。从这个意义上讲，相邻权人同时也即承担着相应的义务。

二、相邻权的种类

相邻权可以分为如下几类：

（一）土地相邻权

土地相邻的所有人或使用经营人相互间享有相邻权，主要表现在以下几个方面：

1.权利人有权在相邻人的土地上进行必要的通行；

2.权利人对于历史上形成的通道，有使用的权利，并有权要求相邻人不得堵塞通道；

3.铁路、公路以及其他公共道路的管理人，有权要求道路两旁的土地所有人和使用经营人保证护路地和路基不受损害。

（二）流水、排水相邻权

流水、排水相邻权主要包括如下内容：

1.权利人有权要求相邻人尊重水的自然流向，允许流水通过其土地，不得任意阻塞；

2.权利人有权合理排水；

3.居于下游的权利人有权要求上游的相邻人不得非法堵截下游用水；

4.河流一岸的权利人有权要求对岸的权利人不得为保住己方堤岸而采取不当措施冲击、损毁权利人一方的堤岸；

5.权利人有到有自然水源的相邻人的土地上汲水的权利。

（三）相邻管线按装权

为了生产、生活的需要，权利人有权在相邻人的地下铺设管线和在上空架设线路，相邻人应当提供有关便利条件。

（四）防止危险侵害的相邻权

凡因相邻人从事对权利人的生产、生活有危险侵害（如煤气、烟气、蒸气、臭气、灰屑、振动、噪音、音响、电波、光射、幅射等）的生产或活动的，权利人有权要求消除危险，

因危险侵害而造成损失的，权利人有权要求赔偿损失。

（五）其他相邻权

如土地的邻界双方对邻界物所享有的权利，相邻建筑物之间权利人的采光权、通风权，相邻房屋中权利人要求相邻人保持必要安静的权利等。

三、相邻权的法律保护

民法通则第八十三条规定，不动产的相邻各方，均应按照有利生产、方便生活、团结互助、公平合理的精神，正确处理截水、排水、通行、通风、采光等方面的相邻关系。凡侵害对方的相邻权，给权利人造成妨碍或者损失的，权利人有权要求停止侵害、排除妨碍、赔偿损失。

第十一章　债　权

第一节　债的概述

一、债的概念

民法通则第八十四条规定："债是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。"

从上述规定可见，债是一种权利义务关系。在这种关系中，债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律的规定履行义务。债权人的这种权利，就称为债权；而债务人根据债权人的要求所履行的义务，则称为债务。我国民法通则将债这种权利义务关系放在民事权利一章中加以规定，称为债权，意在强调债权人依法享有的权利，但本质上仍然是对债权贷务关系及相关问题所作的规定。

二、债权的特征

债权与所有权相比较，具有如下法律特征：

（一）债权是债权人要求债务人为一定的行为或不为一定行为的权利，在法律性质上属于请求权，其权利内容就是请求对方履行义务。而所有权则是一种支配权，是所有权人对属于他所有的物占有和支配的权利。

（二）债权是债权人对特定的义务人享有的权利。债权人只能依照合同的约定或法律的规定向特定的债务人提出请求权，因而被称为对人权。而所有权的义务人则是所有不特定的非所有人，被称为对世权。

（三）债权的实现要通过债务人履行义务来完成。债务人的义务，包括作为和不作为两种，而且主要是作为的义务。对于作为的债务来说如果没有债务人履行义务的行为，债权人的权利就无法实现。从这个意义上讲，债权被称为相对权，即需要依靠相对人（债务人）履行义务的行为才能实现的权利。而所有权的权利人则无需义务人为任何行为，只要义务人不妨碍所有权人行使所有权，其权利就能够实现，因而在理论上被称为绝对权，即无需相对人（所有的非所有人）为任何行为就可以实现的权利。

第二节　债的分类

按照不同的标准，可以将债分为不同的种类：

一、合同之债和非合同之债

按照债的发生根据的不同，可以将债分为合同之债和非合同之债。

合同之债是因当事人之间签订的合同而产生的权利义务

关系，目前合同之债主要由经济合同法和有关的条例、细则调整。

凡是非因合同而产生的债的权利义务关系，为非合同之债。非合同之债一般由法律规定。在民法通则中，规定了不当得利和无因管理两类非合同之债。

二、按份之债和连带之债

当债权人和债务人中有一方或双方均为二人以上时，按照债权人、债务人所享受的权利和承担义务的不同，可以将其分为按份之债和连带之债。

民法通则第八十六条规定按份之债是指当债权人和债务人中的一方或双方均为二人以上时，债权人和债务人按照各自的债权债务享受权利、承担义务。其中，债权人为二人以上的，按照确定的份额分享权利，称为按份债权；债务人为二人以上的，按照确定的份额分担义务，称为按份债务。

民法通则第八十七条规定连带之债则是指当债权人和债务人中的一方或双方均为二人以上时，依照法律的规定或者当事人的约定，债权人对全部债权享有权利，债务人则对全部债务承担义务。在连带之债中，享有连带权利的每个债权人，都有权要求债务人履行全部义务，称为连带债权；负有连带义务的每个债务人，都负有清偿全部债务的义务，称为连带债务。

连带之债一经清偿，如无法律的规定和当事人的约定，则产生新的按份之债。例如，连带债权人中的一人在行使了权利，得到全部债务的清偿之后，其他债权人虽然丧失了要求债务人履行债务的权利，但得到清偿的债权人则有义务按照其他债权人的应得份额向其进行清偿。这时，获得全部清偿的债权人就成为其他债权人的债务人，如果没有法律规定，也

没有当事人的约定，其他债权人对该新债务人只享有按份债权。又如，连带债务人在清偿了全部债务之后，也有权要求其他负有连带义务的债权人向其偿付各自应当承担的份额。在这种情况下，承担了全部债务清偿义务的债务人又因其清偿行为而成为债权人，他对其他连带债务人享有按份的债权。

三、特定之债和种类之债

按照债的标的是否为特定物，可将债分为特定之债与种类之债。

凡以特定物为债的标的，即为特定之债；凡以种类物为债的标的，即为种类之债。按照这种分类，如果债的标的灭失，特定之债即免除了债务人的交付义务；种类之债，则债务人的交付义务不能免除，如果债权人提出请求，债务人即应以其他的同种类物履行交付的义务。

四、主债和从债

根据债的关系是否能够独立存在，可以将债分为主债和从债。

凡不以其他的债的存在为前提，独立存在的债，为主债，实践中大多数的债均为主债。凡不能独立存在，而必须以其他的债为前提而存在的债的关系，为从债，从债主要发生在合同的担保中。例如，在以保证作为担保的合同中，债权人与债务人之间的债为主债；而债权人与保证人之间的债则为从债。

划分主债和从债的法律意义在于，从债必须以主债的存在为前提，主债消灭，从债也就随之而消灭；从债与主债的法律效力也有所不同，从债务人的义务是在主债务人不履行义务时才能产生。

第三节　合同之债

一、合同的概念和特征

民法通则第八十五条规定："合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同，受法律保护。"

通过上述规定，我们可以看到合同具有如下法律特征：

(一)合同是两个以上的当事人所进行的民事法律行为。合同作为一种协议，必须有两个以上的当事人经过协商，取得一致才能成立。因此，合同是双方的法律行为或共同的法律行为。

（二）合同的目的，是在当事人之间设立、变更、终止民事关系。这一特征使民法上的合同区别于其他法律部门的合同。例如，旨在当事人之间确立行政法律关系的协议，为行政合同；旨在当事人之间确立劳动法律关系的协议，为劳动合同；而旨在当事人之间确立经营管理等经济法律关系的协议，则为经济管理合同。

（三）合同是具有法律约束力的协议。合同虽然是当事人之间的协议，但只要是依法订立的合同，就具有法律约束力。这主要表现在以下几个方面：

1.合同一经依法订立，就在合同当事人之间产生了法律上的权利义务关系。当事人必须全面履行合同规定的义务，任何一方不得擅自变更或解除合同。

2.合同一经依法订立，就受到国家法律的保护。当一方不履行合同时，另一方有权请求人民法院依法强制对方履行合同，并有权请求人民法院责令违约方承担违约责任，赔偿因

其违约行为而造成的损失。

（四）合同当事人的法律地位是平等的。当事人订立合同的目的在于设立、变更、终止民事关系。而民事关系的实质，就在于它是平等主体之间建立的权利义务关系。因此，无论当事人的经济实力有何差别，在无论当事人是否存在隶属关系，他们在订立旨在设立、变更、终止民事关系的合同时，都必须贯彻平等互利、协商一致和等价有偿的原则。任何一方均不得把自己的意志强加给对方。对于当事人之间平等自愿订立的合同，任何组织和个人均不得非法干预。

二、合同的订立程序

当事人双方依法就合同的主要条款经过协商，达成一致意见，合同即为成立。合同的订立一般要经过两个必须程序——要约和承诺。

（一）要约

要约是订约人向对方当事人（受约人）发出的订立合同的建议。要约一般应具备下列条件方为有效：

1.要约必须具备订立合同的全部必要条款，所谓必要条款，是指根据这些条款，能够使受约人了解到该合同的基本内容，并能为受约人正确判断该合同的意义提供真实的依据。因此，一般来说，要约中至少应具备标的物的名称、规格、价款或价格等贸易术语，以使受约人据此而作出是否接受要约的决定。

2.要约一般应向特定的受约人发出。因此，原则上向社会发出的商品广告是不构成要约的，因为它是向社会中一切非特定的人发出的。在某些特定的情况下，向非特定人也可以发出要约，如书刊、杂志、报纸的征订单等，这些征订单中写明了合同中的全部条款，只要接到征订单的人按单中的要

求汇款寄单，合同即告成立。

要约发出后，即对要约人产生一定的法律约束力。即在要约的有效期内，如果受约人接受要约向要约人发出承诺，要约人就有义务保证合同能够得到履行，否则即应对此而引起的受约人的损失承担赔偿责任。同时，如果是以出卖特定物为标的而向他人发出要约，则在要约的有效期内不得再向第三人发出出卖同一特定物的要约。

要约的有效期限，在要约中有说明的，按要约来确定；如果要约中未写明期限的，口头要约如不答复即时失效，书面要约则经过合理期限后失效。这里所说的合理期限一般应包括收到要约的时间、考察研究的必要时间及答复的时间。

要约人在发出要约后认为不妥，有权撤销要约，但撤销要约的通知必须先于要约送达受约人，或者与要约同时送达受约人，否则原要约即为有效，不得撤销。

（二）承诺

承诺是受约人对要约人作出的完全接受要约内容的意思表示。承诺一般应具备下列条件时方为有效：

1.承诺必须是对要约内容的完全接受。如果是部分接受，则不构成对要约的承诺，而只能是新的要约，待对方全部接受新要约内容后，合同方为成立。一般来讲，合同签订的过程，特别一些比较重大的合同项目，往往要经过反复的谈判才能达成协议，这一过程中可能会有若干个要约，直至达成协议时，最后作出同意表示的方为承诺，合同即告成立。

2.承诺必须在要约的有效期内作出。如果是超过要约的有效期而作出的接受要约全部条件的表示，不构成承诺，要约人没有义务保证合同能够得到履行，而只能作为一个新的要约，而由原要约人决定是否接受这一逾期的“承诺”。

承诺人对于已发出的承诺，也有权予以撤销，但撤销承诺的通知必须先于承诺送达要约人或与承诺同时送达要约人。

在要约的有效期内作出承诺，即表明合同的双方当事人经过协商，已达成一致意见。这时，双方意思表示一致，协议已经达成。因此，承诺是否在有效期内作出，在合同的订立过程中就有着十分重要的意义。至于如何来确认承诺是否在有效期内作出，各国立法有所不同。有的国家采取收信主义，即以要约人收到承诺的日期来确定承诺是否在有效期内作出；有的国家则采取发信主义，即以承诺人发出承诺的日期来确定承诺是否在有效期内作出。我国立法对要约和承诺的法律效力尚未明文规定。对于合同的成立，按照目前的实践作法，一般区分下列不同情况处理：

（1）双方协商后达成一致意见，但法律规定或合同的性质要求应订立书面合同的，以当事人在合同上加盖印章，并经当事人或当事人的法定代表人或经办人签字后，合同即告成立。

（2）法律规定某类合同除当事人协商一致达成协议外，还需经有关行政机关审核批准的，在有关行政机关审核批准后合同成立。

（3）当事人分处不同地点，以电报、电传方式就订立合同进行协商，当事人要求签发确认书的，确认书送达对方时合同成立；当事人未要求签发确认书，并且双方合同内容本身无争议的，要约人收到承诺时合同成立。

（4）当事人以口头形式达成协议，不违反法律规定的，口头协商一致时合同即时成立。

三、书面合同的主要条款

经济合同法第三条规定：“经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式。”第十二条对书面合同所应具备的

主要条款作出了规定：

（一）标的，即合同中双方权利和义务指向的对象。标的包括物、劳务、工程项目、技术等，在借款合同中，出借人借给借款人的货币即是标的。

（二）数量和质量。合同中对标的的数量应当作出明确规定，否则合同无法实际履行。如果是使用套、副等量词时，一定要对该量词的内涵作出规定，使双方能有统一的认识。

合同中所规定的标的质量，可写明按照国家质量标准，也可以双方约定质量标准。如果对于质量标准无法用文字准确描述，还可以采取封存样品的方式，以双方所封存的样品作为检验标的质量是否合格的标准。

（三）价款或酬金，即合同一方当事人因取得标的而向对方支付的代价，亦称为价金。确定价金条款，必须注意不得违反国家的物价政策。例如，在购销合同（即买卖合同）中，产品的价格，应按照各级物价主管部门规定的价格（包括国家订价、浮动价）签订。政策允许议价的，才可以由当事人协商议定价格。

为了促使合同当事人履行合同和遵守国家物价政策，经济合同法第十七条还规定，购销合同执行国家订价的，在合同约定的交付期限内国家价格调整时，按交付时的价格计价。逾期交货的，遇价格上涨时，按原价格执行；价格下降时，按新价格执行。逾期提货或者逾期付款的，遇价格上涨时，按新价格执行；价格下降时，按原价格执行。

（四）履行期限、地点和方式。

在合同中，一般应有两个期限的规定，一个是合同的有效期限，即合同从何时开始生效，到何时终止效力；另一个是合同的履行期限，即当事人何时履行交付标的物和支付价

金的期限。合同的履行期限，可以是一次性的履行，也可以是分期分批履行，但通常都应写明确定的履行日期，即履行的年、月、日，作为在发生合同纠纷时确定当事人责任的重要依据。

有时，根据合同当事人的协议或法律的规定，合同还可以约定当事人对标的质量承担责任的期限，如买卖合同中收货人在收到货物后的索赔期限，运输合同中收货人因货损而向运送人提出赔偿请求的期限，修理服务合同中的返修期限等。

合同的履行地点可以采取两种不同的方式约定：一种是直接指明履行地点或是合同性质就已决定了履行地点（如建筑承包工程合同的履行地点，即为建筑工程所在地）。另一种则是与履行方式结合而确定的履行地点，如履行方式为托收承付，则一般认为收货方所在地为履行地点；履行方式为自提，则履行地点为出卖方（供方）所在地；履行方式为代办托运，则履行地点为出卖方向运送人办理托运的地点，等等。

合同的履行方式包括交付标的方式和支付价金的方式。交付标的方式，因合同标的不同亦有所不同。例如，买卖合同的交付方式可以有出卖方送货、代办托运，买受方自提货物等；建筑工程承包合同的交付方式可以有分期验收和总体验收；技术合同的交付方式可以有阶段成果交付及最终成果交付，等等。

支付价金的方式，当事人在同一地区的，可采用支票或付款委托书的方式；当事人在异地的，则可采用汇款（信汇、电汇）、托收承付和信用证等方式进行结算。至于支付价金的期限，有的从结算方式中即可体现，如托收承付，收货人应作出承付时即为支付价金的期限；信用证则是以供货方按信用证的要求向收货方发出货物并将各种单证交付开出信

用证的银行时为支付期限。而有的支付期限，则可依当事人在合同中的约定确定，如合同中约定货到付款，则运货单证送达收货人时即为支付期限。

（五）违约责任。为了明确双方不履行合同的法律责任，当事人可以在合同中约定，一方违反合同时，向另一方支付一定数额的违约金；也可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。

（六）根据法律规定或合同性质应当具备的条款，以及当事人要求必须规定的条款，也是合同的主要条款。例如，按照借款合同条例的规定，如果借款人没有符合法律规定的自有资金时，必须有符合法定条件的保证人担保，在这种情况下，担保条款即成为必备的主要条款；保险合同因合同性质的需要，必须对保险范围（保险责任）作出规定，则保险范围即成为主要条款，等等。

四、合同的有效条件和合同的无效

（一）合同的有效条件

按照民法通则关于民事法律行为的规定，合同是否有效，应从下面几个方面加以考虑：

1.主体具有订约能力

公民作为合同的当事人，则必须是完全民事行为能力人。限制民事行为能力人在法律允许的范围内订立合同或在其监护人的辅助下订立合同，也认为有订约能力。但如果公民进行经营活动，则必须依法经工商行政管理部门核准登记并须发营业执照后，在经核准登记的经营范围内订立的合同，方为有效。

法人作为合同的当事人，更应注意是否有订约能力，即所订合同是否属于其业务活动范围之内的事项。如果进行经

营活动，则与公民一样，必须是经工商行政管理部门依法核准登记的企业和部分事业单位，在经营范围内订立的合同，才符合这一条件。

2.当事人必须平等、自愿地表示各自的真实意愿

合同的目的在于使平等的当事人之间建立平等的民事关系。如果当事人处于不平等的地位，不自愿地订立了意思表示不真实的合同，是不能产生预期的法律效力的。

3.合同的内容不违反法律或社会公共利益

这是合同有效的实质条件。

按照民法通则第六条的规定，法律没有规定的，即应遵守国家政策。

4.合同的形式必须符合法律的规定

法律对某些合同的形式作出明确规定时，这些合同即称为要式合同。例如，经济合同法第三条就规定："经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式。"对于要式合同，当事人应当依照法律规定的形式订立合同。否则，一旦发生合同纠纷，合同即有可能被认定为无效。

当合同采用书面形式时，除了合同的主文外，当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表以及合同的有关附件，也是合同的组成部分。如果法律对这些材料也规定了特定形式的，也应依法律的规定办理。

在合同的形式问题上，还涉及到合同的程序问题。如果法律对某类合同的订立需经过特定程序的，按法定程序订立的合同方为有效。例如，《中外合资经营企业法实施条例》第九条规定，设立合营企业，首先由中国合营者向企业主管部门呈报拟与外国合营者设立合营企业的项目建议书和初步可行性研究报告。建议书与可行性报告经企业主管部门审查

同意并转报审批机构批准后，合营各方才能进行以可行性研究为中心的各项工作，在此基础上商签合营企业协议、合同、章程。

（二）合同的无效

按照民法通则第五十八条、经济合同法第七条的规定，下列合同无效：

1.主体不合格，即合同当事人不具备订约能力。对于公民来说，无民事行为能力人订立的合同无效；限制民事行为能力人订立的与自己年龄、智力发展情况不相适应的合同无效。

对于法人来说，凡超越业务范围所订立的合同即为无效。例如，企业法人只能在经工商行政管理部门核准登记的经营范围内订立合同，超越经营范围所订立的合同无效。

从事经营活动的个体工商户、个人合伙，也必须在经核准登记的经营范围内订立合同，否则所订合同也为无效。

2.当事人无实体权利，也没有代理权，即对合同所涉及的标的物不享有处分权，而是行使他人权利订立合同，从而使合同无法履行。

3.采取欺诈、胁迫等手段或乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同。

4.违反法律和国家政策、指令性计划的合同。

5.违反国家利益或社会公共利益的合同。

6.当事人恶意串通所订立的损害国家、集体或者第三人利益的合同。

7.代理人超越代理权限订立的合同，或代理人以被代理人的名义同代理人自己或代理人所代理的其他人订立的合同。

8.以合法形式掩盖非法目的所订立的假合同。

除了上述合同无效的情况外，按照民法通则第五十九条的规定，当事人对合同内容有重大误解的合同和显失公平的合同，属于可撤销的合同，一方当事人可以请求将合同撤销或变更合同内容。

对于无效的合同及可撤销的合同，当事人有权要求合同仲裁机关和人民法院确认合同无效或撤销合同。经仲裁机关或人民法院确认无效或撤销的合同，从合同订立时起就没有法律效力。如果是确认合同部分无效或撤销合同的部分条款，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。

合同被确认无效或者被撤销后，当事人依据该合同所取得的财产，应当返还给对方。有过错的一方应赔偿对方因此所受的损失；如果双方都有过错，则各自承担相应的责任。

违反国家利益或社会公共利益的合同，在合同被确认无效后，如果双方都是故意的，应追缴双方已经取得或者约定取得的财产，收归国库所有。如果只有一方是故意的，故意的一方应将从对方取得的财产返还对方；而非故意的一方已经从对方取得或约定取得的财产，应收归国库所有。

双方恶意串通，损害集体的或者第三人的利益所订立的合同被确认无效后，应当追缴双方所得财产，收归集体所有或者返还给受到损害的第三人。

五、合同的履行

合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。对于合同的履行，应当注意下面几个问题：

（一）合同的当事人一般应当自己履行合同中的义务，从而享受相应的权利。如果合同一方将合同的权利、义务全部或者部分转让给第三人，如出卖人将交付标的物的义务和

收取价金的权利转让给第三人，应当取得合同另一方的同意，并且不得通过合同的转让而牟利。如果合同的一方当事人将自已签订的合同或从他人转手得到的合同，加价转给第三人，从中牟取非法利益，就是倒卖合同。倒卖合同属于违法行为，应被确认无效。因倒卖合同获取的非法取得，在仲裁机关或人民法院确认合同无效时，应予收缴，并可根据情节依法给予罚款等制裁；情节严重构成犯罪的，应当依法追究刑事责任。

合同当事人将合同的权利和义务转让给第三人，依照法律规定应当由国家有关主管机关批准的合同，还需经原批准机关批准，方可转让。

但是，如果法律对合同权利义务的转让另有规定，或者是原合同中另有约定，则上述原则即可以不再适用。例如，流通票据中汇票、本票的转让，在各国立法中都规定无需经发票人和付款人的同意，权利人（持票人）即可将票据转让给他人。

（二）当事人必须按照合同约定的质量交付标的物。如果合同对于质量的约定不明确，按照合同的有关条款内容也不能确定，当事人又不能通过协商达成协议，就应按照国家的质量标准交付标的物；没有国家质量标准的，按照通常标准交付标的物。这里所说的“通常标准”，应当以标的物对接受标的物的当事人的具有可用性为原则。例如，对于从事某种精密研究的买受人来说，所需要的标的质量就要高于使用同类标的作为民用生活用品的质量。因此，不能将通常标准认为是“一般标准”或“普通标准”，而是要根据买受人的工作性质、对标的物的用途、安全要求等方面的因素综合加以考虑，对不同条件的买受人确立不同的质量标准。

（三）当事人必须按照合同约定的期限履行合同。延迟履行即构成违反合同，应当承担违反合同的民事责任。

合同是否可以提前履行，应区别不同情况分别处理。

1.合同中约定可以提前履行或者提前履行对债权人有利的，如建筑工程承包合同、加工承揽合同、技术合同等，在保证质量的前提下，应当允许提前履行，并不应因提前履行而使履行义务的合同当事人受到经济损失。

2.合同中没有约定可以提前履行，并且提前履行可能给债权人造成损失的，不得提前履行。例如，出卖人将标的物提前交付给买受人，就可能造成买受人因提前接受标的物而增加不必要的仓储费用。对此，如果出卖人提前履行交付义务，从经济利益的原则出发，买受人应当接受标的物，并承担保管的义务，但因此而支出的必要费用应由出卖方承担。

3.根据国家计划订立的合同，因往往涉及到国家计划的执行问题，所以原则上必须按合同约定的期限履行，不得提前履行。

如果合同对履行的期限约定不明确，按照合同有关条款内容也不能确定，当事人又不能通过协商达成协议的，债务人可以随时向债权人履行义务；债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。

（四）当事人应当按照合同约定的履行地点或者根据履行方式所确定的履行地点履行合同。如果合同中约定的履行地点不明确，根据履行方式或合同的标的等条款也不能确定，当事人又不能协商达成一致意见，则支付货币的义务在接受给付的一方（即债权人）所在地履行；其他标的则在履行义务一方（即债务人）所在地履行。

（五）当事人应当按照合同约定的价金履行支付货币的

义务。履行支付货币的义务，如果法律没有另外的规定，必须用人民币计算和支付。如果合同中的价款约定不明确，则应按照国家规定的价格履行；没有国家规定价格的，参照市场价格或者同类物品的价格或者同类劳务的报酬标准履行。

（六）在技术合同中，对专利申请权没有约定的，完成发明创造的当事人享有专利申请权；对科技成果的使用权没有约定的，当事人都有使用该科技成果的权利。

在合同的履行问题上，还应坚持实际履行的原则，即能够按合同的约定履行的，就应当按合同履行，即使因一方违反合同而承担违反合同的民事责任后，如果对方要求履行并且有可能履行的，仍然应当按合同履行。违反合同方如果以已支付违约金或赔偿金为由而拒绝履行，则对方有权要求人民法院强制违反合同方继续履行合同。

六、合同的担保

合同当事人为了保证债务得到履行，可以依照法律的规定或者在合同中约定，采用下列方式作为合同的担保：

（一）保证

保证是指由债权人和债务人以外的第三人作为保证人，向债权人保证债务人履行债务，债务人不履行债务时，按照约定由保证人履行或者承担连带责任。

以保证的方式作为债的担保，应当注意下面几个问题：

1.保证人应当符合担保条件

保证人是以保证人的信誉为前提的，因此，保证人是否符合担保条件，就成为保证是否能够起到担保作用的关键。《借款合同条例》（1985年2月28日国务院发布）第八条中对于借款合同中的保证人的条件，规定为“必须具有足够代偿借款的财产”。即是说，如果借款人到期不能偿还借款，

保证人必须有足够的资金来代替借款人偿还借款。可见，对于金钱债务来说，保证人是否符合担保条件的标志，就是它必须有足够代偿该债务的财产。而对于其他标的（如货物、劳务）的债务来说，保证人除了应有足够承担债务人违反合同责任的财产外，如果合同中约定要由保证人承担代为履行的担保义务，则保证人还应具备代为履行债务的生产或经营条件。

2.保证人的担保责任，产生于债务人不履行合同之时

保证人的责任，就是担保债务人履行合同义务。因此，如果债务人按合同履行了义务，保证人的担保责任也就随之而终止。另一方面，在合同的履行期限未到期之前，债权人也不能要求保证人承担担保责任，而只能是在债务人不履行到期债务时，产生保证人的担保责任问题。同时还应注意，保证人并不是在任何情况下都必须承担担保责任。如果债务已到履行期，债务人有履约能力，而债权人却不接受履行或不要求债务人履行，则保证人有权要求债权人向债务人主张债权。经保证人要求，债权人仍然不主张债权的，保证人即不再承担担保责任。因为这时如果债务人不履行债务，其过错在于债权人，不应要求保证人对此承担责任。

3.保证一般应采取书面形式

由于保证这种担保方式涉及到保证人的财产利益，一旦债务人不履行债务，保证人就要代为履行或承担连带责任，因此，保证一般应当采取书面形式。目前的实践作法，通常是在主合同中加盖保证人的公章并由其法定代表人或经办人签字（公民作保证人的由公民签字盖章）。

4.保证人在承担了担保义务后，享有追偿权

当债务人不履行债务而由保证人代为履行或承担了连带

责任后，保证人有权向债务人追偿。即是说，保证人承担了担保责任后，就在保证人与债务人（被保证人）之间产生了债权债务关系，保证人取代了原债权人的位置，要求债务人对其进行清偿。

5.注意研究反担保问题

保证人在保证合同中，承担了极大的风险，一旦债务人不履行债务，保证人就要因代为履行或承担连带责任而损失财产利益。虽然法律规定了保证人的追偿权，但往往会因债务人已没有财产或只有很少的财产而使追偿权无法实现。对此，保证人即可采取“反担保”的方式来保护自己的权益。

反担保是保证人在为债务人提供保证的同时，要求债务人以财产向保证人作抵押，一旦保证人代为履行债务或承担连带责任后，依法对抵押物行使抵押权人的权利（具体内容见抵押担保的论述）。

（二）抵押

抵押是指由债务人或者第三人提供一定的财产作为抵押物担保债的履行。债务人不履行债务时，债权人有权依照法律的规定以抵押物折价或者以变卖抵押物的的价款优先得到偿还。抵押作为债的担保方式，是保证债权人利益的最有效方式之一。虽然当债务人不履行合同时，债权人可能会无法得到实际履行的标的，但由于有抵押物的存在，则可以确保其利益不会受到损失。特别是对于借款合同来说，债权人可以通过变卖抵押物而优先受偿，实际上也就是得到了实际履行。因此，抵押在西方的民法学理论中，往往被称为“担保之王。”

在采用抵押作为担保方式时，应当注意以下几个问题：

1.抵押物可以由债务人提供，也可以由第三人提供

抵押在担保理论中称为“物保”，即以物（财产）来担保债的履行。因此，只要能够有物作担保，并不考虑该抵押物是由谁提供的。无论是由债务人提供抵押物，还是由第三人提供抵押物，对于债权人来说，其法律后果都是一样的：债权人因债务人或第三人提供抵押物而成为抵押权人；提供抵押物的人则成为出押人（抵押人）。

在抵押担保中，出押人有义务保证抵押权人能够对抵押物享有权利。对于以贵重财产作为抵押物时，出押人应提供财产权利证明。如果已经以同一财产作出抵押的，还应将该物上已有他人享有抵押权这一事实告知债权人，以便债权人及时考虑是否同意采用该担保方式以及是否与债务人建立债的关系。

2.抵押权人应根据抵押财产的性质，考虑是否转移抵押物的占有

在我国，抵押物包括动产和不动产，而抵押的方式则包括转移占有和不转移占有。这一点与传统的民法理论有所不同。在传统民法理论中，抵押物一般为不动产，通常不转移占有，而以动产担保债的履行，则称为质，而且通常都要将该动产转移到质权人手中。

鉴于我国抵押担保这一特点，抵押权人应当根据不同情况来决定是否转移抵押物归自己占有：

（1）以不动产作抵押物的，通常可不转移占有。由于不动产的特点，即使不转移占有，抵押权人在债务人不履行债务时，一般都能对抵押物行使权利，所以转移占有的必要性不大。

（2）以动产作为抵押物的，一般应当转移占有。特别是当债务人或第三人以贵重物品（如金银首饰、贵重工艺

品、贵重衣物等）作抵押物时，为了防止出押人逃避义务而转移财产，从而使抵押权人的权利无法实现，则更应注意将抵押物转归抵押权人占有。

抵押物转归抵押权人占有后，抵押权人对抵押物负有保管的义务。如因保管不善而使抵押物损毁的，抵押权人应向出押人承担赔偿损失的责任。

（3）因抵押物的性质所决定，不能转移占有的动产，抵押权人有权及时了解债务人履行债务的情况，一旦发现债务人有违反合同的行为，即可对抵押物主张权利。例如，在借款合同中，借款人以试销试用的物资和财产作贷款的抵押担保的，如果出借人发现借款人不履行合同义务时，出借人即有权要求依照法律程序处理借款人作为抵押的物资和财产。

3.抵押权人对抵押物直接享有权利

对于抵押物，抵押权人在一定条件下享有特定的支配权，因而在民法理论中，抵押权被称为担保物权的一种，意即抵押人对抵押物所享有的权利，即对物进行控制和支配的权利——他物权。抵押权人对于抵押物所享有的权利，主要表现在以下几个方面：

（1）物上请求权，即一旦抵押物受到侵害，抵押权人有权以独立权利人的身份请求给予法律保护，如要求停止侵害、排除妨碍、返还原物，也可以要求赔偿损失。

（2）处分权，即在债务人不履行义务时，抵押权人有权依法将抵押物进行处分，如拍卖，以取得的价金来实现自己的债权或得到补偿。

（3）优先权，即抵押权人就抵押物所卖得的价金。有先于其他无抵押权的债权人获得清偿的权利。例如，债务人有两

个债权人，每个债权人均享有5万元的债权，但其中一个权人享有抵押权，如果出卖抵押物得价金7万元，则享有抵押权的债权人有权获得全部5万元的债权，而另一个债权人只能获得2万元的债权，所剩不能得到清偿的债权只能再要求债务人清偿。

在抵押权制度比较健全的国家，对不动产抵押往往采取登记制度，以确定抵押权的效力。特别是对于一个物上有两个抵押的情况，先登记的抵押权优先于后登记的抵押权。

在抵押权人对抵押物卖得价金行使优先权时，应当注意法定优先权的权力要高于抵押。例如，对于破产财产，国家应收税款和职工工资等要先于一般债权和抵押债权。得到清偿。

（三）定金

定金是当事人一方为了保证债务的履行，在法律规定的范围内向对方给付的一定数额的货币。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行债务的，无权要求返还定金；接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。

适用定金这种方式作为合同的担保时，应注意以下几个问题：

1.定金的数额，法律、法规有具体规定的，按照规定办理。如《建筑工程勘察设计合同条例》第七条第二款规定："勘察任务的定金为勘察费的百分之三十，设计任务的定金为估算设计费的百分之二十"。当事人在订立此类合同时，就必须按照具体规定办理。

法律、法规允许当事人约定定金数额的，从当事人的约定。例如，《加工承揽合同条例》第九条规定："根据国家有关规定，定作方可向承揽方交付定金。定金的数额由双方

协商确定”。因此，加工承揽合同的当事人自行约定的定金数额，如不违反国家有关规定，应当允许。

2.对于不完全履行合同的，应按不完全履行合同的比例，不返还定金或双倍返还定金。例如，《农副产品购销合同条例》第十七条第六款和第十八条第六款规定，供方不完全履行预购合同的，应加倍偿还不履行部分的预付定金；需要不完全履行预购合同的，无权收回未履行部分的预付定金。

（四）留置

留置是按照合同的约定，一方占有对方的财产，对方不按照合同给付应付款项超过约定期限的，占有人有权留置该财产，依照法律的规定以留置财产折价或者以变卖该财产的价款优先得到偿还。例如，甲企业以自己的原料委托乙企业为其加工零部件，如果甲企业在合同约定的期限内不交付加工费，乙企业即有权留置已加工好的零部件，并有权依法将这些零部件折价或变卖后优先扣除加工费。

在适用留置这种担保方式时，应注意下面几个问题：

1.留置作为债权人的权利，是法律赋予的，无需在合同中加以约定。只要债权人依照合同占有了对方财产，而对方没有按合同给付应付款项超过约定期限的，占有人即对该财产享有留置权。

2.留置权的行使，只限于依合同占有的对方财产。如果因对方不按照合同给付应付款项超过约定期限，而占有对方其他财产的，则为非法扣押，应当承担侵权的民事责任。例如，某甲欠某乙5000元钱到期不还，乙即将甲的一台摩托车扣住，声称如不还钱就把车留为己有。对此，如果甲不同意以摩托车作借款的抵押，乙的扣车行为就是非法扣押。甲在偿还借款并承担民事责任后，亦有权要求乙承担侵占财产

的民事责任。

可见，是否对依合同而占有对方的财产行使留置权，是合法留置与非法扣押的本质区别。如果对方不支付应付款项超过约定期限，而债权人又没有依本合同占有对方财产，则应采取其他方式保护自己的权利。例如，债权人可以在允许债务人延期支付的同时，要求对方提供保证人或抵押担保；如果无法采取这些担保方式，则可向人民法院起诉，并同时要求对债务人的财产实行诉讼保全，由人民法院冻结债务人存款或扣押其财产，以维护自己的合法权利。

3.债权人留置对方财产后，应给予对方一定的宽限期，逾期仍不交纳应付款项的，才可以依法以留置财产折价或以变卖该财产的价款优先得到偿还。如果偿还债权人应收款项后尚有剩余，应将所剩款项交还债务人。

七、合同的变更和解除

合同的变更，是指合同条款所约定的内容发生变化；合同的解除，是指在合同的有效期届满之前终止合同效力，双方当事人不再享有合同中的权利，也不再承担合同的义务。

（一）合同变更、解除的条件

按照经济合同法第二十七条及有关法律、法规的规定，凡发生下列情况之一的，允许变更或解除合同：

1.当事人双方经过协商同意，并且不因此而损害国家利益和影响国家计划；

2.订立合同所依据的国家计划被修改或者取消；

3.当事人一方由于关闭、停产、转产而确实无法履行合同；

4.由于不可抗力或由于一方当事人虽无过失但无法防止的外因，使合同无法履行；

5.由于一方违约，使合同的履行成为不必要；

6.有关行政法规、规章规定一方有权单方变更或解除合同，如按照铁路运输的有关规定，在铁路运输合同中，托运人有权在货物运出之前要求变更到货地点和解除合同；

7.当事人也可在合同中约定一定的条件，并约定当这些条件发生时，合同可以变更或解除。

（二）合同变更、解除的形式

变更、解除合同的建议和答复，均应在双方协议的期限内或法律的规定以及有关业务主管部门规定的期限内提出。

变更或解除合同的通知或协议，应当采取书面形式（包括文书、电报等）。在协议未达成前，原合同仍然有效。但是，如果一方在上述期限内提出变更或解除合同的建议，但对方在答复期限内未作任何表示，则认为对方同意变更或解除。

如果合同的变更或解除涉及到国家指令性计划，在签订变更或解除合同的协议前，应当报下达该计划的业务主管部门批准。

（三）变更、解除合同的法律后果

合同变更或解除后，因变更或解除合同而使一方遭受损失的，除依法可以免除责任外，应当由责任方承担赔偿损失的民事责任。这里所说的法律规定的免除责任，是指因不可抗力所引起的合同变更或解除（具体内容参见第十六章“违反合同的责任”中的有负责问题的论述）。

但是，下面两种情况下，合同不得变更或解除：

1.合同当事人一方发生合并分立或变更名称、场所的，合同不得变更或解除，而应由变更后的当事人承担或者分别承担履行合同的义务和享受应有的权利，

2.法人作为当事人签订的合同，合同的承办人或法定代表人发生变动，不得因此而变更或解除合同。这是因为，经办人和法定代表人都是代表法人进行活动。这些活动的法律后果，应由法人承担。只要法人还存在，就不得以经办人或法定代表人的变动而变更或解除合同。如果以此为由拒不履行合同义务，该法人应承担违约责任。

第四节 不当得利之债

不当得利是指没有合法根据，取得不当利益，造成他人损失的行为。不当得利行为发生之后，即在不当得利人与受损人之间产生了债的关系。不当得利之债有如下法律特征：

一、不当得利人没有合法的根据而取得利益并使他人受到财产损失

这里所说的没有合法的根据，包括两种情况：一种是从得利的一开始就没有合法根据。如买货物时少付了货款，对方多发运了货物等；另一种则是取得财产时有合法根据，但后来因某种法律事实的发生而失去了合法根据，如买方向卖方给付定金，但收到货物并按合同约定的价款支付后，定金既未抵作价款也未收回，则卖方仍占有这笔定金即成为不当得利。

二、不当得利的产生，是由于受损人或第三人的过错而引起的，得利人本身没有违法行为

这是不当得利与侵权行为的本质区别。如果是由于得利人的违法行为使自己得利他人受损，则构成侵权行为，即应承担侵权的民事责任了。

三、不当得利产生以后，既在得利人和受损人之间产生了债的关系

根据这种债的关系，受损人为债权人，有权要求得利人返还不当得利；得利人则为债务人，有义务向受损人返还不当得利。如果不当得利产生了孳息，还应将所得孳息与不当得利一起返还受损人。例如，买方因卖方的过错而多收货款后，在返还不当得利时，还应将多收货款的银行利息返还给卖方。

不当得利人的义务，仅限于返还不当得利及其孳息。对由受损人因此而受到的其他损失，不当得利人不承担赔偿损失的责任。这是不当得利的侵权行为在法律后果上的不同。

第五节　无因管理之债

无因管理是指没有法定的或者约定的义务，为避免他人利益受损失进行管理或者服务的行为。无因管理行为发生后，即在管理人和受益人之间产生了债的关系。无因管理之债有如下法律特征：

一、管理人进行管理或服务，既无法律上的规定，也无约定的义务，是管理人出于社会主义道德而对他人事情进行管理

例如，监护人对被监护人的财产进行管理，是基于法律的规定；保管人对寄存人货物的保管，是基于保管合同的约定，都不构成无因管理行为。

二、管理人是为了他人利益免受损失而进行管理

无因管理人出于社会主义道德而进行的管理行为，其目的是为了避免他人利益受到损失。如果是为了自己得利而将他人财产据为己有的行为，不构成无因管理之债。例如，将他人走失的牲畜拾得后意图据为已有而饲养、使用，并且没有任何寻找失主返还牲畜的行为。这种占有他人走失牲畜的

行为就是不当得利，得利人应将牲畜返还失主，因饲养牲畜而支出的费用也不能得到补偿。而在另一种情况下，如果将他人走失的牲畜拾到后，进行饲养，并积极寻找失主，就构成了无因管理行为，失主在领回牲畜时，应对管理人给予补偿。

三、管理人对于他人的事物，必须进行善意的管理或服务

如果因为管理人的过错而使被管理的财产受到损失，则应由管理人承担赔偿损失的责任。当然，考虑到管理人是出于社会主义道德而进行管理，受益人亦应本着互谅的原则，适当减轻管理人的赔偿责任。

四、无因管理行为发生后，即在管理人与受益人之间产生了债的关系

根据这种债的关系，管理人是债权人，有权要求受益人偿付因管理行为而支付的必要费用；受益人为债务人，有义务向管理人偿付因其管理而支出的必要费用。所谓必要费用，是指按照通常的社会标准，管理同类事物所需支付的费用。如果超过这一标准，则超过部分由管理人自己承担。例如，管理人拾得他人手推车后，在寻找失主期间为了自己使用该车而进行修理，所支出的修理费即应由管理人自己承担。

第六节　债的消灭

债可以因下列法律事实而消灭：

一、因履行而消灭

在正常情况下，债务人履行了债务，债的关系就不复存在，这是债的消灭的最常见的法律事实。

因履行而使债消灭，因当事人的权利义务不同，其消灭的间亦有所不同。有些债务，如金钱债务，债务人依合同约定的期限偿还金钱，债的关系即告消灭。而在买卖合同中，卖方在交付了货物后，在质量保证期内，仍然承担质量担保的义务。而只有当质量保证期满后，该买卖合同之债方为最后消灭。

二、因免除而消灭

债权人可以根据自己的意愿而免除债务人的义务。例如，出借人可以免除借款人的还款义务；无因管理人可以免除受益人向其偿付为管理而支出的费用的义务等。但是，免除债务不得侵害国家利益和社会公共利益，不得以免除债务的方式而进行不正当竞争，更不得以免除债务的方式损害债权人的利益。

三、因抵销而消灭

同种类的对待之债，即在两个债的关系中，其中一个债中的债权人是另一个债中的债务人；相反，前一个债中的债务人亦是后一个债中的债权人，而且债的标的又为同种类物，根据双方当事人的协议或法律的规定，这两个债即可以因抵销而消灭。

因抵销而消灭债的关系，如果双方债权债务并不对等，尚未抵销部分的债务仍然存在，债务人负有履行未抵销债务的义务。

四、因提存而消灭

提存是指因债权人迟延接受标的物或无法查找债权人超过一定期限的，债务人将标的物或变卖标的物价款(扣除必要的费用支出后）交于提存部门。标的物一经提存，债务人与债权人之间的债的关系即告消灭。一旦债权人主张自己的权

利。就只能向提存部门领取原债的标的物或变卖标的物的价款。

五、因混同而消灭

这种消灭方式主要出现在法人之间。如果两个法人合并为一个法人，则它们之间原有的债权债务关系就消灭了。作为一个民事主体，自己是不能对自己享有债权或承担债务的。

六、因一方当事人死亡而消灭

公民作为当事人的凡涉及与人身性质相联系的债，一方死亡，债的关系即告消灭。民法通则第六十九条规定，代理人死亡是终止代理关系的原因之一。又如在演出合同中，如果在合同中指明应参加演出的演员死亡，则该演员参加演出的义务自然也就消灭了。

第十二章　知　识　产　权

第一节　知识产权概述

一、知识产权的概念和特征

知识产权是指民事主体对于其创造性智力劳动成果享有的权利，知识产权具有如下特征：

（一）知识产权是“两权合一”的民事权利

在知识产权中，一方面权利人享有财产权利，可以通过对智力成果的使用、转让而获得财产利益；另一方面，权利人又享有人身权利，这种人身权利专属于权利人所有，不得转让，也不能继承。

（二）知识产权的享有，具有严格的地域性

知识产权在一国境内根据法律取得后，只在该国境内受到法律保护。如果本国参加了国际条约，那么只在条约参加国内受到保护。

（三）知识产权是具有期限性的民事权利

知识产权不同于所有权，后者只要所有物存在，其权利就永远存在，并不会因时间的推移而丧失所有权。而对知识产权，法律一般都规定了保护期限，超过了这一期限，权利人即失去了受到法律保护的权利。

二、知识产权的分类

按照知识产权是否具有营业上的价值，知识产权可分为工业产权和著作权两大类。工业产权通常包括发明、产品外观设计、实用新型的专利权，商标权，专有技术权等。著作权则是作者对自己的文学、音乐、艺术、影视等方面的创作所享有的权利。

民法通则根据我国的实际情况，将知识产权分为著作权、专利权、商标权、发现权、发明权和其他科技成果权。本章着重论述著作权、发现权、发明权和其他科技成果权。

第二节　著作权

著作权是作者从事学术论著、文艺创作、翻译、编纂等产生的民事权利。按照我国民法通则第九十四条的规定，著作权也可以称为版权。

一、著作权的权利内容

著作权的权利内容，包括人身权和财产权两个方面：

（一）人身权

著作权中的人身权，主要包括下列几项：

1.署名权。著作权人有权决定在自己的作品中署真名、笔名；也有权决定不署名。

2.发表权。著作权人有权决定向社会公开发表自己的作品。这一权利归著作权人专有，任何组织和个人未经作者同意而发表作者的作品，均构成对著作权的侵害。

3.修改权。著作权人有权对自己的作品进行实质性的修改。

4.收回权。在作品交付出版或发表后，作者如果认为该作品不宜出版或发表，有权向出版人或发表人要求收回自己的作品，但应当向出版人、发表人支付因此所受的经济损失。

（二）财产权

著作权中的财产权包括两方面的权利：一方面是作者因其作品的发表出版而获得报酬的权利，另一方面则是发表、出版（也包括上演、播映）作品的出版人因此而获得营利的权利，前者是作者享有的财产权利，后者则是通过出版合同而由作者让渡给出版人的财产权利。特别是在我们国家，由于出版人是经国家批准的法人组织，所以公民个人作为作者时，都要通过让渡出版权（也称复制权）的方式来发表自己的作品，此时，因出版而获得收益的权利属于出版人，并由出版人向作者支付有关的报酬。

这两方面的财产权利在权利的实现上有所不同。对于作者来说，只要其作品被出版人采用并出版，就有权获得报酬。而对于出版人来说，其财产权利的实现，要看通过出版是否获得营利，如果不能获利，就可能还要损失财产利益。但无论出版人是否获利，都必须按照规定向作者支付报酬。

著作权中的财产权利，一般是应有期限的，即在一定的

期限内受到法律的保护。例如，在法律的保护期限内，任何出版作者作品的人，均应向作者或作者的继承人支付报酬，而超过这一期限，则无需支付报酬。对于著作权的保护期限，由著作权法（版权法）规定。

二、著作权的主体和客体

（一）主体

著作权的主体是指作品的创作人，即作者。作者主要包括公民和法人。

公民是在著作权主体中占比例最大的权利主体。

当作品由一人创作时，著作权由一人享有，称为单独著作权人；当作品由两人以上创作时，著作权由全体作者享有，称为共同著作权人。

公民作为著作权的主体，其财产权利可以由其继承人继承。继承人在法律规定的期限内，有权要求出版该作品的人支付报酬。

法人组织的工作人员以法人的名义完成的作品，其著作权由该法人享有。如电影、电视作品的著作权人，即为电影制片厂、电视制作的法人组织。其他如由法人组织编写的教科书、词典等，著作权也归法人享有。

国家在某些情况下，也可以成为著作权的主体。例如，作者将自己的著作权中的财产权赠与国家；作者死亡后，没有继承人和受遗赠人，则其著作权中的财产权即为国家接受（死者生前为集体组织成员的，该财产权归集体接受）。

（二）客体

著作权的客体是指以某种形式所表现的创作活动的产物，即作品。作品必须符合两个条件：第一，它必须是作者本人的创作，而不能剽窃他人的创作成果或抄袭他人已经发

表的成果。第二，作品必须以一定形式表现出来，如果只是停留在作者头脑中的构思和设想，则不构成著作权的客体。按照作品的表现形式，著作权的客体可以有如下几类：

1.文学作品，如图书、报刊、小册子、单篇文章及其它文学作品。

2.艺术作品，如音乐作品、戏剧作品、哑剧和舞蹈作品、绘画、雕塑（包括建筑模型）和其他艺术作品等。

3.视听作品，如摄影、电影、录像、录音及其他视听作品（包括广播、电视节目等）。

4.科学研究作品，如科学著作、研究报告等。这些作品除了受著作权法律制度保护外，有的内容还要受到知识产权中的其他法律制度保护。

5.图形作品，如示意图、地图、设计图等科学图表。

6.其他由法律规定属于著作权客体范围的作品。

一般来说，国家的法律、法规、条例、公告、报纸、电台的新闻报导、公开的政治演说，属于公共财富的常识性作品，如标语、口号、表册、日历、度量衡表等，不属于著作权的客体，不受著作权法的保护。

三、著作权的侵害和保护

目前，由于我国著作权法（版权法）尚未公布，对于著作权的保护主要规定在民法通则及有关法规中。一般来说，下列行为即构成侵害著作权：

1.剽窃他人作品，即将他人的创作当做自己的作品，或利用自己的某种优势强行在自己本未参加创作的作品上署名。

2.篡改他人作品，即未经作者同意，而将他人作品进行实质性甚至歪曲性的修改。但是，编辑人员对作品进行编辑

技术上的处理，不属于侵害著作权的行为。

3.未经作者或其继承人同意，而将他人作品首次公开发表。

4.未经享有复制权的出版人同意，也无其他的法律根据，而以营利为目的使用他人已经发表的作品。

5.出版人未按有关规定向作者或其继承人支付报酬。

6.其他侵害著作权的行为。

当发生上述侵害行为时，著作权人有权要求侵害人停止侵害、消除影响、赔偿损失。

四、作品的合理使用

在一定的条件下，他人可以不经作者及出版人的同意而使用作者的作品，并且无需支付报酬，这就是合理使用。一般来说，下列情况属于合理使用的范围：

（一）为了个人学习、教学、科研的目的，摘录、翻译或复制他人已发表的作品，供学习、教学、研究者自己使用。

（二）在自己的作品中引用的他人作品，但已注明作者和出处。

（三）为司法、教学、图书资料的收集整理等目的，摘录、翻译、复制他人已发表的作品，为复制单位使用，并未进行营利性的出售活动。

（四）为了社会公益的目的，利用他人已发表的作品进行非营利性的活动。

（五）法律允许的其他合理使用。

第三节 发现权、发明权

一、发现权

发现权是指发现人对于自然现象、特性或规律所作的前所未有的科学研究成果而享有的权利。民法通则第九十七条规定："公民对自己的发现享有发现权。发现人有权申请领取发现证书、奖金或者其他奖励。"

发现权的取得，要通过一定的程序。按照《自然科学奖励条例》的规定，首先要由各研究机构、高等院校、全国性学术团体以及由副研究员或相当于副研究员以上水平的科技工作者10人以上联名推荐请奖项目，然后由各主管部门归口组织初审，通过同行审议，进行评选，并对奖励等级提出建议。初审通过后，由国家科委设立的国家自然科学奖励委员会负责评定奖励项目和奖励等级，然后由国家科委核准后，授予自然科学奖，获奖者即取得发现权。

获得自然科学奖的发现人可以按照获奖等级（包括由国家科委授予的四个等级的奖励和由国务院批准的特等奖）取得荣誉证书（即发明证书）、奖章和奖金。

推荐和评定请奖项目，应当实事求是，严肃认真，对营私舞弊、弄虚作假的，应根据情节轻重，严肃处理。对于剽窃他人发现成果的，还应依法承担民事责任。

二、发明权

发明权是发明人对于自己的重大科学技术新成就，因有关部门授予发明奖而取得的权利。在我国，发明人对自己的科技成果可以采取两种途径取得法律的保护，即申请专利和申请发明奖。这两种途径是互相排斥的，选择了申请专利就

不能再申请发明奖；选择了申请发明奖就不能再申请专利。

发明的获奖条件有三个，即（1）前人所没有的；（2）先进的；（3）经过实践证明可以应用的 。这三个条件必须同时具备。

发明奖的取得，按下列程序：

（一）发明者申报发明，按照隶属关系逐级上报。同时抄报省、市、自治区科委和国务院主管部门。

（二）各省、市、自治区厅、局对收到申报的发明应及时进行审查，并将符合发明条件的项目报所在省、市、自治区科委及国务院主管部门。

（三）省、市、自治区以下各级科学技术协会和各种学会均可向所在省、市、自治区有关厅、局推荐发明项目；全国科学技术协会和各种学会可向国务院主管部门推荐发明项目。

（四）各省、市、自治区科委和国务院各主管部门对收到申报的发明应及时审查，并将符合发明条件的项目评定等级，报国家科委。

（五）国家科委设发明评选委员会，负责评选发明项目，评定奖励等级，然后由国家科委核准授奖。

获得发明奖的发明人可以按照获奖等级（包括国家科委授予的四个等级和由国务院授予的特等奖）取得发明证书、奖章和奖金。

发明人一旦获奖，其智力成果（ 发明 ）即属于国家所有，全国各单位（包括集体所有制单位都可利用他所必需的发明)。这也是申请发明与申请专利的一个不同之处（取得专利权后（智力成果即发明归专利人享有，使用人应与专利权人签订专利使用合同或者转让合同）。

对发明项目有争议的，可向上级机关反映，上级机关应认真调查审理。凡剽窃他人劳动成果的，除给予批评教育或行政处分外，受侵害人还可以要求侵害人承担民事责任。

三、其他科技成果权

公民、法人对于其既不享有专利权；也不享有发明权的科技成果，仍然享有知识产权，也应受到法律的保护。目前，尚无具体的法律、法规对其他科技成果权进行专门的保护，但民法通则已将其作为公民、法人所享有的一种知识产权加以规定，并在民事责任一章中规定了侵害其他科技成果权的民事责任，为保护公民、法人的其他科技成果权提供了基本的法律依据。

第十三章　人　身　权

第一节　人身权概述

一、人身权的概念与特征

人身权是与公民、法人自身不能分离并不具有直接的物质利益内容的民事权利。

人身权具有如下法律特征：

（一）人身权与权利主体的人身密不可分。脱离民事主体，人身权就无法存在。一般来说，人身权是一种专有权，专属于某一特定的民事主体，不得转移给其他民事主体。但是在商品经济社会中，某些人身权，如企业法人的名称权、个体工商户和个人合伙的名称权，由于它们往往涉及到经营活动，因此法律允许转让，从而成为非专有权。

（二）人身权不具有直接的物质利益内容，不能用金钱

来衡量人身权的价值。从这个意义上讲，人身权是一种精神上的权利，是民事法律为了维护民事主体的独立人格和特定的身份而赋予的民事权利。但是，人身权不具有直接的物质利益内容，并不能否定它的重要作用。

（三）人身权虽然不具有直接的物质利益内容，但对于人身权的侵害却可以引起财产后果。这主要包括两个方面的含义：一方面，公民、法人的人身权受到侵害时，往往会导致财产上的损失。如公民的生命健康权受到侵害时，会因治疗伤病而支付医疗费等费用，并损失了误工的工资或收入；企业法人的名誉权受到侵害时，会因信誉问题而造成产品销售上的困难，等等。另一方面侵害其他民事主体的人身权的人，又可能会因此而承担财产责任。例如，对于上述公民、法人所受的损失，侵害人就应承担赔偿损失的民事责任。同时，为了充分地保护公民的合法人身权，法律规定，侵害公民人身权的，即使没有造成财产损失，受害人也可以因其精神受到损害而要求侵害人赔偿损失。

二、人身权法律制度的意义

人身权法律制度作为一项重要的民法制度，具有十分重要的意义：

首先，确立人身权法律制度对于完善、健全社会主义法制有着重要作用。在社会主义条件下，人与人的关系不应仅仅是金钱关系，还有许多金钱无法衡量的人身关系。这些人身关系如不受到法律的保护，就会直接影响到我们国家的社会主义性质。试想，如果基本的人身权利都受不到保护，还怎么可能保证人民当家作主的权利呢？

其次，在民法中确立人身权法律制度，使我国的宪法实施有了可行的具体途径。作为国家根本大法的宪法，从原则

上规定了要保护公民的人身权，如宪法第三十七条规定，公民的“人身自由不受侵犯”；第三十八条规定，公民的“人格尊严不受侵犯”，等等。这些规定必须要有部门法的具体规定才能实现。而我国以往只是在刑法等有关法律、法规中规定了侵害公民人身权所应承担的刑事责任和行政责任，对于受害人如何受到抚慰和补偿以及对不追究刑事、行政责任的侵害人应如何处理，却很少有法律规定。民法通则关于人身权的规定，填补了这部分空白，为全面、充分地保护公民、法人的人身权提供了有效的法律依据。

再次，在民法中规定人身权制度，有利于加强社会主义精神文明建设。社会主义精神文明要求树立和发扬社会主义的道德风尚，要尊重人、关心人，讲文明礼貌，等等。我国民法通则关于人身权的法律规定，不仅对公民的人身权作了基本的规定，同时还特别强调要保护婚姻、家庭、老人、母亲和儿童，保护残疾人的合法权益等，这些规定使社会主义的道德风尚上升为法律规范，必将对促进社会主义精神文明的进一步发扬起到重要的作用。

第二节 人身权的分类

按照人身权的产生基础不同，可以将人身权分为两类——人格权和身份权。

一、人格权

人格权是法律赋予每一个民事主体为保持其在法律上的独立人格所必需的人身权。人格权的产生基础，在于民事主体的产生，只要公民出生、法人依法成立，就当然取得了这些权利。从这个意义上讲，人格权被称为“与生俱来”的权

利。由于人格权的产生基础是民事主体的产生，因此，就构成了民法中的一种比较特殊的民事权利——与民事权利能力同时产生的权利。也就是说，当民事主体产生时，法律就赋予他享受民事权利和承担民事义务的资格，与此同时，该民事主体也就享有了法律所规定的实体上的人身权。这些权利是法律直接赋予的，无需权利人作出任何意思表示去取得，而民法中的其他民事权利，则一般都要由民事主体通过一定的意思表示和行为才能取得。例如，法律规定公民可以在法律允许的范围内享有生产资料所有权，但这只是对于公民民事权利能力的规定，要实际取得生产资料所有权这一实体权利，还必须通过一定的法律行为才能实现。

人格权按其权利内容来看，包括下列几种权利：

（一）生命健康权

公民的生命健康受法律保护，任何组织和个人均不得非法侵害。生命健康权是公民作为民事权利主体在社会中生存和进行正常生活所必不可少的民事权利。如果公民的生命健康受到侵害，那么他的所有其他民事权利都有可能受到影响，甚至会再也无法享受到这些民事权利。生命健康权包括下列三项内容：

1．生命权

公民的生命非经司法程序，任何人不得随意剥夺。非法剥夺他人生命，不仅要承担刑事责任，而且还要承担民事责任。

2．身体权

公民的身体受到法律保护，任何组织和个人均不得非法伤害他人身体。但是，如果是为了治疗伤病而对病员进行必要的手术，则属合法范围，不构成侵害公民的身体权。

3．健康权

健康权表现为任何组织和个人均不得以自己的行为危害公民的健康。在许多情况下，如违反环境保护法律规定污染环境、违反相邻关系的法律原则，以污染、噪音等危害他人健康时，虽然并未看到公民的某一具体身体部位受到伤害，但也已构成侵害公民的健康权，应当承担民事责任。

（二）姓名权

民法通则第九十九条规定："公民享有姓名权，有权决定、使用和依照规定改变自己的姓名，禁止他人干涉、盗用、假冒。"

姓名权作为公民的一项民事权利，由公民独立、自愿地行使，主要包括下列内容：

1．公民有权决定、使用自己的姓名

姓名虽然只是一个区别不同公民的符号，但在民法上，姓名权的有无则是有无独立人格的重要标志。因此，法律规定公民有权决定、使用自己的姓名。例如，在婚姻关系中，夫妻双方都有各自使用自己姓名的权利；在家庭关系中，子女可以随父姓，也可以随母姓。

2．公民有权依照规定改变自己的姓名

公民有权决定、使用自己的姓名，同时也有权改变自己的姓名。由于公民的姓名将涉及到该公民权利的享受及义务、责任的承担，因此在改变姓名时，就必须遵循一定的法律程序。对此，我国的《户口登记条例》第十八条规定："未满18周岁的公民要由本人或父母、收养人向户口登记机关申请变更登记。18岁以上的公民要由本人向户口登记机关申请变更登记。"

（三）法人、个体工商户、个人合伙的名称权

法人作为民事主体，对其名称享有名称权。法人的名称权与公民的姓名权相比较，有如下特点：

1．权利的专有性

公民的姓名可以完全相同，只要不是故意假冒，就不构成对公民姓名权的侵害。但法人作为一种组织体，不象公民那样可以通过相貌特征来加以区别，因此必须在名称上加以明显的区别，才能够保证社会生活的稳定。原则上讲，在同一地区内，不得有两个以上的同业务、同名称的法人进行活动。特别是企业法人，如果在同一地区范围内有两个乃至两个以上的同业务、同名称的法人在进行活动，势必造成经济活动的混乱，甚至给违法犯罪分子造成可趁之机。因此，我国的《工商企业名称管理暂行规定》规定：工商企业的名称一经工商行政管理部门核准登记，准予使用后，即在规定的范围内享有专用权。凡冠以市名或县名的，在同一市、县范围内，同行企业不得重名；凡冠以省名、自治区名而不冠市名、县名的，在省、自治区范围内，同行企业不得重名；凡使用“中华”、“中国”等字样为企业名称的，在全国范围内，同行业企业不得重名。如果因企业名称相同而发生争议时，则按申请登记的先后顺序处理，后申请登记的企业必须更改自己的名称。

2、名称取得的程序性

公民的姓名，由自己决定使用，户籍登记机关一般是不能予以干涉的。而法人的名称则不同，不能由法人自己任意决定，而必须履行严格的法律程序。一般来说，机关法人、无需登记的事业单位法人、社会团体法人，要由批准该类法人成立的有关部门批准决定其名称；企业法人和应办理登记的事业单位法人、社会团体法人，则要经登记机关核准登记后才能使用其名称，凡使用未经核准登记的名称而进行经营活

动，要受到相应的行政处罚。

3．名称的可转让性

企业法人的名称依法可以转让。《工商企业名称登记管理暂行规定》第七条规定："企业名称可以转让。转让时由转让方与受让方签定书面转让协议，按照工商企业申请登记程序，报工商行政管理机关核准。"

按照民法通则的规定，个体工商户和个人合伙，也依法享有名称权。因这一权利是在经营活动中形成的，法律也要求依法向登记机关办理申请登记，经核准登记后，方可使用该名称进行经营活动。因此，个体工商户和个人合伙的名称权的法律性质基本上与企业法人一致，具有上述法人名称权的特征，即专有性、取得的程序性和可转让性。

（四）肖像权

肖像权是指公民对自己的肖像的制作和使用所享有的权利。民法通则第一百条规定："公民享有肖像权，未经本人同意，不得以营利为目的使用公民的肖像。"这里所说的以营利为目的，包括通过直接出卖公民的画像、照片、雕塑或者印刷的肖像而获取利益；在广告、商标、产品说明书等商业性书面材料中使用公民的肖像；在商业性橱窗或服务设施内张贴、悬挂或摆设公民的肖像等。总之，只要是在进行经营性活动中使用公民的肖像，无论使用人是否通过肖像的使用而获得利益，均应经肖像权人本人同意。

肖像权人同意他人以营利为目的而使用其肖像的意思表示，一般应当采取书面协议的形式，并应对于肖像使用的方式和途径及使用人的范围等作出明确的说明。如果使用人超出了双方协议的范围而使用公民肖像，则仍然构成侵害公民的肖像权。

使用他人肖像，既使不是以营利为目的，也可能侵害公民的合法权利。例如，在新闻报道中使用了对公民有污辱性的照片，虽然不是以营利为目的，不构成侵害公民的肖像权，但却因污辱人格而侵害了公民的名誉权。因此，在使用他人肖像时应当特别注意，既不得侵害公民的肖像权，也不得侵害公民的名誉。

（五）名誉权

名誉权是指公民的人格尊严受法律保护，任何个人和组织都不得以诽谤、侮辱以及其他方式败坏公民的名誉。

名誉权包括公民对其名誉享有的权利和对其人格尊严不受侵害而享有的权利。因此，公民的名誉权的内容也即包括两个方面：一是公民有权要求社会给予公正、平等的社会评价，并有权要求他人不得以任何方式来造成对他的不公正社会评价；二是公民有权根据自己的人格尊严，要求他人不得以任何行为来破坏他对自己的社会认识。具体说来，对公民名誉权的保护应当注意以下几个问题：

1．任何对真人真事的报道和评论，都应实事求是，不得歪曲事实，从而有损他人名誉。在当前的信息社会里，各种消息的传播十分迅速，任何失实的报道，都会给被报道者造成诸多不良影响。因此，必须注意报道、评论的真实性，既不能任意拔高，使人不相信，更不能信口雌黄、无中生有，不负责任地败坏他人名誉。

2．公民的个人隐私受法律保护。每个公民都有自己个人的一些不愿意公开的隐私。对于这些隐私，公民有权要求他人不向社会公开传播。对此，不能以所谓"事实求是"为借口就可以任意传播他人隐私，更不能以猎奇为目的而在报刊、杂志上登载公民不宜公开的个人私事。否则，就可能构成侵

害公民的名誉权。

3.任何人均不得以侮辱、诽谤等方式损害他人名誉。凡以暴力或其他方法，贬低他人人格，侵害他人人格尊严的，都是侮辱行为。诽谤则是指无中生有，捏造事实并加以散布，从而损害他人名誉和人格尊严的行为。侮辱和诽谤行为情节严重的，不仅要承担民事责任，还可能要承担刑事责任。

法律保护公民的名誉权，是为了给公民提供一个有利于生活、工作和学习的安定的社会条件。当名誉权受到侵害时，公民即可运用法律的武器来保护自己的合法权利。但是，公民的名誉和人格尊严不仅需要法律的保护，更重要的是要每一个公民自尊、自重和自爱。如果因自己不自重而作出有损人格乃至国格的事情，则不仅要受到社会舆论的谴责，情节严重的还将要受到法律的制裁。

法人作为民事主体，也享有名誉权。特别是从事经营性活动的企业法人，其名誉权往往与经济利益有着十分密切的联系，一旦受到侵害，通常就会使企业法人受到财产损失。因此，民法通则规定，法人也享有名誉权，法人的名誉权受到侵害时，法人也有权得到法律的保护。

二、身份权

身份权是因民事主体的某种特定身份而产生的权利。一般来讲，只有当某一民事主体因某种行为或因婚姻、家庭关系以及有关机关的指定，从而获得某种特定身份时，才能享有相应的身份权。

按照享受权利的民事主体的不同身份，可以将身份权分为下面几类：

（一）监护权

监护是指因婚姻、家庭关系，有关单位、机关的指定或

法律的规定等，由公民或者单位享有的对于无民事行为能力人、限制民事行为能力人享有的监督和保护的权利。其具体内容已在前面监护问题中作了论述。

（二）知识产权中的身份权

知识产权中的身份权，是指公民、法人因自己的创造性活动而取得某项智力成果时所同时取得的人身权。其具体内容已在知识产权一章中作了论述。

（三）荣誉权

荣誉权是指公民、法人因自己的行为或成果而获得各种光荣称号及其他荣誉的权利。

公民荣誉权的取得，分别由不同的单行法规加以规定。按照荣誉权的不同内容，可以分为下面几种：

1.因科学技术研究及技术进步而取得的荣誉，包括发明奖、合理化建议和技术进步奖、自然科学奖和科学技术进步奖。

2.因不断提高产品质量、努力生产优质产品而取得的荣誉，即企业产品质量奖，包甲、乙两种，甲种为金质奖章，乙种为银质奖章。

3.公民因尽职尽责而取得的荣誉，包括企业职工奖和国家机关行政工作人员奖。

4.其他荣誉。如先进工作者、模范教师、五好战士、优秀党员、五好家庭、文明单位、先进集体等。

公民、法人对上述荣誉享有的荣誉权，受法律保护。如果对荣誉权的享有发生争议，必须按照法律规定的程序解决处理。任何组织和个人，均不得非法剥夺公民、法人的荣誉称号。例如，对发明项目有争议的，应向上级机关反映，上级机关应认真调查处理，对于在发明上弄虚作假、剽窃他人

劳动成果的，应当批评教育，并加以纠正，情节恶劣者应给予处分，直至追究法律责任。获得国家质量奖的产品，只有当产品质量下降时，才能要求企业立即停止使用国家质量奖的荣誉标记，待采取措施达到原有质量水平后，企业可向有关部门提出申请恢复使用荣誉标记，等等。

总之，撤销公民、法人的荣誉称号，必须依法进行，否则即构成侵害荣誉权，应当承担民事责任。

第十四章 继 承 权

第一节 继承概述

继承是指当一个公民死后，他的财产按照法律的规定或者死者生前遗嘱的指定，转移给有权接受这些财产的人。

按照法律的规定将死者的财产转移给有权接受这些财产的人，叫做法定继承；按照死者生前遗嘱的指定将死者的财产转移给法定继承人中的一人或数人，叫做遗嘱继承。在按照法定继承转移财产时，接受财产的人叫做法定继承人，死者叫做被继承人；在按照遗嘱转移财产时，按遗嘱的指定接受财产的法定继承人叫做遗嘱继承人，法定继承人以外按遗嘱接受财产的人，叫做受遗赠人，立遗嘱的死者，叫做遗嘱人。

一、处理继承问题的法律依据——继承法

《中华人民共和国继承法》（以下简称继承法）于1985年4月10日由第六届全国人民代表大会第三次会议通过，自1985年10月1日起施行。

我国继承法除了规定公民死后的财产继承问题，对于一些与公民死后财产有关的问题也作了规定，主要包括遗赠、

遗嘱抚养协议、无人继承又无人受遗赠的遗产的处理以及死者生前遗留债务和未缴纳税款的处理等。这些问题由于都是与公民的死亡有关的财产关系，因此与继承一起在继承法中规定。

我国继承法的制定，具有十分重要的意义。在我国，社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制，即社会主义全民所有制和社会主义集体所有制，同时还有城乡劳动者个体经济作为社会主义公有制经济必要的补充。我国公民合法的私有财产，包括个人所有的合法的生活资料和法律允许个人所有的生产资料，都受到宪法和法律的保护。

如果仅有宪法的原则规定是不能很好地保护公民继承权的，没有一部调整继承问题的专门法律而仅靠若干民事政策处理继承纠纷，已不能适应现实发展的需要。随着城乡经济的发展，公民的个人收入和财产的增加，继承问题在群众中越来越受重视，继承纠纷逐年增加，司法实践也总结、积累了不少处理继承纠纷的经验。在此基础上，根据宪法关于保护继承权的规定，总结我国处理遗产继承的经验和民间的好作法，制定出了适合我国国情的继承法。继承法的颁布有利于妥善处理遗产继承问题，避免或者减少遗产纠纷，有利于发扬养老育幼的好的传统，促进家庭成员之间的和睦团结互助和社会安定，也有利于调动积极因素，促进社会主义经济的发展。

二、继承法的基本原则

我国继承法体现了男女平等、权利义务相一致、养老育幼和互谅互让、民主协商的基本原则。这些基本原则反映了我国社会主义继承制度的本质要求，对处理我国继承问题有着十分重要的指导意义。

（一）男女平等的原则

男女平等是由社会主义制度所决定的。我国宪法规定“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利”，还规定“国家保护妇女的权利和利益”。但是，由于几千年来封建思想的影响还没有完全肃清，在某些地区，特别是农村，妇女的合法继承权往往不能得到保障。主要表现在两个方面：一是女儿的合法继承权往往不能实现；二是丧偶的妇女的继承权得不到保障，寡妇带产改嫁往往受到阻挠。针对这种情况，我国继承法规定男女平等的原则就显得特别重要。对此，继承法从下面几个方面作了规定：

1.继承权男女平等。在同一亲等中，男女都有平等的继承权，原则上不因性别不同而导致权利不同。

2.夫妻在婚姻关系存续期间所得的财产，除另有约定的以外，为夫妻共有财产。因此，当夫妻一方死亡发生继承关系时，应当先将共同所有财产的一半分出为配偶所有，其余的才是被继承人的遗产。生存的配偶还有权与第一顺序的其他继承人一起参与对被继承人的遗产的分配。

3.为了保障寡妇带产再嫁的合法权益，规定夫妻一方死亡后另一方再婚的，有权处分所继承的遗产，任何人不得干涉。

在坚持男女平等、保护妇女合法权益的前提下，继承法考虑到我国城乡的具体情况，顺应长期以来已经形成的合理习惯，还做了一些灵活的规定。首先，规定对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，在分配遗产时可以多分；其次，经继承人协商同意的，遗产的分配也可以不均等。总之，继承法既坚持了男女平等的原则，又适应了某

些复杂的实际情况，为正确处理继承纠纷提供了合理的依据。

（二）养老育幼的原则

尊老、养老、爱幼、育幼是我国人民优良的传统美德，也是社会主义道德所提倡和要求的。老年人将自己毕生的精力都献给了社会和家庭，为社会作出了很大贡献。当他们年老体弱、丧失劳动能力时，应当得到关怀和照顾。对此，我国宪法规定"成年子女有赡养扶助父母的义务"，"禁止虐待老人"。继承法以宪法为根据，对保护老年人的合法权益，促进尊老、爱老作了相应的规定。例如：对遗弃或者虐待老人的，应当不分或少分给遗产，情节严重的甚至可引起继承权的丧失；相反，如果不是法定继承人，但对老人尽了赡养义务的人，则要适当分给遗产。儿媳或女婿对公婆或岳父岳母尽了主要赡养义务的，可以成为公婆或岳父岳母的第一顺序法定继承人。

保护儿童的合法权益是我国继承法的一项重要任务。对此，继承法为了有利于抚养未成年子女和照顾不能独立生活的继承人，规定对生活有特殊困难的缺乏劳动力的继承人在分配遗产时可以多分；遗嘱应当为缺乏劳动能力又无生活来源的继承人保留必要的份额；被继承人的子女先于被继承人死亡的，可以由被继承人的子女的晚辈直系血亲代位继承，等等。这些规定充分体现了育幼、爱幼的原则，符合我国的社会实际情况。

（三）权利和义务相一致的原则

在继承中，公民的权利和义务是一致的。特别是在法定继承中，这项原则体现得十分明确：谁对被继承人尽的义务多，谁就可以相应地多分遗产；谁对被继承人尽的义务少，谁得到的遗产也就相应地少；对于有扶养能力和扶养条件但

不对被继承人承担义务的，在分配遗产时则可以少分或者不分。同时，继承法还规定，对于被继承人生前所欠的债务和应缴纳的税款，继承人所应承担的义务仅以其所继承财产的实际价值为限，等等。继承法体现权利和义务相一致的原则，鼓励继承人履行扶养义务，有利于被继承人生前得到应有的扶养和扶助。

对权利和义务相一致的原则不能作机械地理解，不能认为尽扶养义务与接受遗产是等价交换的商品关系，更不允许有扶养义务的人以“将来不继承遗产”为借口而拒绝履行对被继承人的扶养义务。须知家庭成员间的扶养义务是法律规定的义务，即使放弃了某些权利，也不能免除这些义务。

（四）互谅互让、协商一致的原则

社会主义的继承制度从本质上讲是为了实现家庭成员间的经济互助，促进社会的安定团结。因此，当继承发生时，继承人之间应提倡互谅互让的精神，通过协商的方式解决遗产的分配等问题。每一个继承人均应本着这一原则，避免因争夺遗产而发生不必要的纠纷，这是保证人们正常的生活、工作和学习秩序和家庭和睦，维护社会安定团结的有效措施。当然，坚持这一原则并不意味着当继承人的合法权益受到侵害时不能求助于法律的保护。相反，如果在继承中，某个继承人侵害了其他继承人的合法权利，在经过协商无法得到解决时，每一个受侵害人都有权向人民法院提起诉讼，请求保护他的合法继承权。

三、继承权的产生和丧失

当我们使用继承权一词时，一般有两种含义：第一种是指法律赋予每个公民的权利能力；第二种则是指被继承人死亡后继承人依法取得死者遗留财产的权利。前一种含义的继

承权是每一个公民都有的，这是法律赋予公民享受权利、承担义务的资格；而后一种含义的继承权是指能够从被继承人那里取得财产的继承人所享有的一种现实的财产权利。本节所使用的继承权概念，是就第二种含义而言的。

（一）继承权的产生

继承权产生于继承的开始。继承法第二条规定："继承从被继承人死亡时开始。"因此，继承人的继承权从被继承人死亡时产生。

在现实生活中，如果相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡，不能确定死亡先后的时间，那么按照最高人民法院1985年9月11日《关于贯彻执行继承法若干问题的意见》以下简称《意见》的精神，推定没有继承人的人先死亡。死亡人各自都有继承人的，如果几个死亡人辈份不同，推定长辈先死亡；几个死亡人辈份相同，推定同时死亡，彼此不发生继承关系，由他们各自的继承人分别继承。

被继承人死亡，继承开始，继承人就享有继承权，但这并不是说只要被继承人死亡，就必须把死者遗留财产分给各个继承人。按照我国的实际情况，继承开始后，也可以暂时不分割死者遗留财产，而等到必要的时候再分割。例如，一对老年夫妇有三个子女，当两个老人中一人死亡时，并不一定立即分割死者的财产，通常可以等到生存的老人去世后由三个子女继承二老的遗留财产。从法律上讲，虽然继承人在被继承人死后并未立即分死者遗留的财产，但这时继承已经开始，只要继承人在遗产处理前不表示放弃继承，遗产的所有权就已经转归继承人了——如果有几个同一顺序的继承人，则该遗产归继承人共有。因此，继承人没有必要担心如果不立即分遗产，就会丧失接受遗产的权利，从而也就不必

人刚死就要分财产，引起家庭成员的不睦。

（二）继承权的丧失

为了贯彻继承法的基本原则，反映我国社会主义继承法的本质特征，我国继承法规定，继承人有下列行为之一的，丧失继承权，无权以继承的方式取得被继承人遗留的财产：

1.故意杀害被继承人的。对这种行为，并不要求必须把被继承人杀死，只要是有杀害被继承人的故意，则无论是既遂还是未遂，都构成丧失继承权的条件。

2.为争夺遗产而杀害其他继承人的。这种行为的后果也并不要求一定要将其他继承人杀死，只要是为了争夺遗产而杀害其他继承人，就应丧失继承权。

3.遗弃被继承人的，或者虐待被继承人情节严重的。这里所说的遗弃，是指对被继承人负有扶养义务并有扶养能力的人，拒不尽扶养义务，将被继承人遗弃而给被继承人的生活造成很大的困难。因此，不能将被继承人并不需要继承人尽扶养义务，也并未因继承人未尽义务而造成被继承人生活上的困难的情况认定为继承人遗弃被继承人，也不能将因被继承人的原因而造成的继承人与被继承人来往不密切与遗弃等同起来。

继承人虐待被继承人的情节是否严重，可以从其实施虐待行为的时间、手段、后果和社会影响等方面加以考虑。凡虐待被继承人情节严重的，不论是否追究继承人的刑事责任，均可构成继承权的丧失。

4.伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。这里所说的情节严重，一般是指由于继承人的伪造、篡改或销毁遗嘱的行为，使缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的利益受到侵害，并造成其生活困难。

继承权的丧失，可以通过两种途径来确定，一是在分割被继承人遗留财产时，不分给有上述行为的继承人财产，而有上述行为的继承人也不表示反对，那么就意味着他事实上已经丧失了继承权。另一种途径则是通过司法程序由人民法院确认某继承人丧失继承权。在继承开始后，继承人之间因是否丧失继承权而发生纠纷，诉讼到人民法院的，由人民法院根据继承法的规定，判决确认其是否丧失继承权。按照最高人民法院的《意见》，对于那些继承人虐待被继承人情节严重的，或者遗弃被继承人的，如果以后确有悔改表现，而且被虐待人、被遗弃人生前又表示宽恕的，也可以不确认其丧失继承权。这样处理，一方面可以促使这类继承人改正错误，另一方面也是为了尊重被继承人的生前意愿，促进家庭的和睦。

四、遗产的范围

公民死亡时遗留的个人合法财产，称为遗产。按照继承法第三条的规定，下列财产是死者的遗产：

（一）公民的收入，包括工资、奖金、劳动所得等一切通过合法方式所获得的收入。

（二）公民的房屋、储蓄和生活用品。这里所说的房屋，是指公民拥有合法房产所有权的私有房屋，死者生前承租的房屋不能做为遗产继承，而只能按照房屋管理的有关规定及房屋租赁合同的约定办理。

（三）公民的林木、牲畜和家禽。公民所有的林木，既包括公民承包山地后自己种植的林木，也包括在自己房前屋后、路旁、地旁、水旁等地方所种的树木；牲畜、家禽也均指公民自己饲养或喂养的牛、马、驴、骡、羊、猪、鸡、鸭等，凡承包集体或国家的上述财产都不能成为公民的遗

产。

（四）公民的文物、图书资料。公民收藏的文物可以继承，但如果其中有特别珍贵的文物，则应按照有关文物保护的有关法律办理；同样，如果公民遗留的图书资料中有涉及国家机密的材料时，也应按照国家有关保密的规定办理。

（五）法律允许公民所有的生产资料。这是继承法适应我国经济体制改革的发展所作的规定。目前，我国有许多公民，如广大农民及个体工商户，他们的财产不仅有生活资料，而且还拥有相当数量的生产资料。公民的这部分财产受到国家法律保护，并允许继承。

（六）公民的著作权、专利权中的财产权利。公民的著作权、专利权包括两部分内容，即人身权和财产权。其中，著作权人、专利权人死后继承人能继承的，只是财产权。著作权、专利权中的人身权归著作权人、专利权人专有，不能继承。

（七）公民的其他合法财产，如公民享有的债权（但具有人身性质的债权不能继承），有价证券等财产。

在确定公民遗产范围时，应当注意下列财产权利不属于遗产的范围：

第一，共有财产中的他人财产。这主要指夫妻共有财产中生存配偶的财产和家庭共有财产中其他家庭成员的财产。对共有财产，继承法第二十六条规定：“夫妻在婚姻关系存续期间所得的共同所有的财产，除有约定的以外，如果分割遗产，应当先将共同所有的财产的一半分出为配偶所有，其余的为被继承人的遗产。遗产在家庭共有财产之中的，遗产分割时，应当先分出他人的财产。”

总之，遗产是公民生前的个人财产，如果将共有财产中

的他人财产也作为遗产，就会侵害他人的合法权益。

第二，被继承人只有经营权，而无所有权的承包财产。几年来，随着经济体制改革的开展，城乡出现了各种形式的个人承包，承包的范围不仅有土地、荒山、鱼塘、果园的经营管理权，而且还有企业的经营管理权。对此，继承法规定，个人承包应得的收益，如承包后种的树、养的鱼、种的庄稼、收获的果实、企业承包所得的个人收入等，属于承包人所有，应依照继承法的规定继承。而对于承包经营权，考虑到承包是合同关系，如果是家庭承包，户主死亡，并不发生承包权的转移问题。如果个人承包了企业，这种承包纯属由本人承包企业的经营管理，因此子女则不能继承承包；由于承包荒山植树、承包果园、滩涂等收益周期长、承包期限也往往较长，所以承包人死后应当允许子女继续承包。但是这种承包不能按遗产继承的办法。因为如果按遗产继承的办法，那么同一顺序的几个继承人，不管是否务农，不管是否有条件，都要均等承包，这样对生产是不利的。因此，继承法第四条规定，个人承包，依照法律允许由继承人继续承包的，按照承包合同办理。

第三，被继承人生前已经作了处分的财产或者法律明文规定有专门用途的财产。前者如在人身保险合同中投保人（被继承人）指明了受益人的，投保人死亡，保险金就只能由受益人取得，而不能作为遗产继承；后者如国家或集体职工因工死亡、革命军人牺牲或病故、公民因交通事故或其他意外事故而死亡时，有关国家机关、企事业单位、社会团体依照国家的劳动保险法规、革命军人牺牲与病故抚恤的规定、交通运输法规或其他有关法律规定，给予受该死者生前抚养、赡养的家属一定金额的抚恤费和其他生活补助费；这些

费用应由受抚恤的人直接取得，不能作为死者的遗产。

第二节　法定继承

法定继承是指公民死亡时，按照继承法所规定的继承人的范围和顺序将遗产转移给法定继承人。

具备下例条件适用法定继承：

1.被继承人生前没有与他人订立遗赠扶养协议，也没有设立合法有效的遗嘱；

2.被继承人（遗赠人）虽然立有遗嘱，但遗嘱继承人放弃继承或者受遗赠人放弃受遗赠；

3.遗嘱继承人丧失继承权；

4.遗嘱继承人、受遗赠人先于遗嘱死亡；

5.遗嘱无效部分所涉及的遗产；

6.遗嘱未处分的遗产。

一、法定继承人的范围

按照继承法第十条规定，下列人员为法定继承人：

（一）配偶

配偶是夫妻之间的相互称谓，凡有合法婚姻关系的夫妻之间互为配偶。

配偶的继承权，产生于合法的婚姻关系，因此，如果男女双方为非法姘居，或原来有合法的婚姻关系，但在被继承人生前已经离婚的，男女一方死亡，另一方不能成为法定继承人。但有两种情况应加以具体分析：

1.旧中国及1950年婚姻法实施前的纳妾，因是旧社会的遗留问题，所以司法实践中认为妾也是夫的配偶，与妻有同等的继承权。但如果是1950年婚姻法实施后的重婚行为，不

承认重婚者为配偶。至于因某些政治历史及社会的原因，例如为了反抗包办婚姻而出逃后形成重婚的，则首先应认定哪一婚姻应受法律保护，然后再根据应受法律保护的婚姻关系确定配偶。

2.男女双方均无配偶，而以夫妻名义公开共同生活的，其中一方死亡，如生存一方因遗产继承而与死者的其他继承人发生纠纷时，应首先由人民法院确认他们的事实婚姻关系是否存在，然后生存一方才能享有继承权。

（二）子女

子女是父母的最近的直系血亲。他们之间有着密切的人身关系和财产关系。因此，确认子女的继承权，有利于发扬尊老爱幼的优良传统，有利于促进家庭成员间的和睦团结。

按照继承法第十条的规定，子女应包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。

1.婚生子女

无论是儿子还是女儿，都享有平等的继承权，性别不能影响继承人的合法权利。特别是对出嫁女儿的继承权，更应加以保护，决不能因为儿女出嫁就取消她继承遗产的权利。

2.非婚生子女

非婚生子女是没有合法婚姻关系的男女所生的子女。我国法律明确规定，非婚生子女与婚生子女的法律地位一样，任何人不得歧视非婚生子女，也不得限制、剥夺非婚生子女的合法权利。因此，在继承问题上，非婚生子女也与婚生子女享有平等的继承权。

3.养子女

公民收养他人的子女作为自己的子女，即形成父母子女关系。其中，收养人为养父母，被收养人为养子女。养子女

与养父母之间的权利义务关系与亲生父母子女关系之间的权利义务关系是一样的，因此养子女有权继承养父母的遗产。但是应当注意，由于收养关系的成立，养子女与其生父母之间的权利义务关系即随之解除，因此养子女对其亲生父母的遗产就不得享有继承权；只有当养子女与养父母之间解除了收养关系时，养子女与亲生父母之间的权利义务关系得到恢复后，他（她）才可以继承其亲生父母的遗产，但这时养子女又因收养关系的解除而不能继承原养父母的遗产了。还应当说明，如果养子女虽然与养父母之间形成了收养关系，但是仍然对亲生父母尽了许多赡养义务，那么当亲生父母死亡时，养子女可以作为法定继承人以外的人得到一部分遗产，但这已经不属于继承的范围了。

在现实生活中，由于年龄的差距或辈份的关系，有的收养人与被收养人之间以祖孙相称，即收养人为祖父母或外祖父母，被收养人为孙子女或外孙子女。对此，应当在权利义务关系上视为养父母子女关系，相互之间享有继承权。

与收养相连系的一种关系是农村中的“过继”关系。对于过继，应当区别不同情况加以对待：凡在公民死亡后由其侄子或其他男性亲属“过继”给死者作“过继子”的，在旧社会即称为“立嗣”，这是封建思想残余，法律上不承认这种过继的父子关系；如果是生前过继，则应看是否在过继子与过继父母之间形成了扶养关系，已形成扶养关系的，视为收养，相互有继承权，未形成扶养关系的，则不存在法律上的权利义务关系，相互不能继承。

4.有扶养关系的继子女

继子女是妻与前夫或夫与前妻所生的子女。继子女继承权产生有一个前提条件，即他必须与继父或继母之间形成了

扶养关系，才能继承继父或继母的遗产。

因与继父或继母之间有扶养关系而继承了继父或继母遗产的继子女，由于他们与其生父或生母之间的权利义务关系仍然存在，所以就可能享有双份继承权。即是说，继子女继承了继父母遗产的，不影响其继承生父母的遗产的权利。

（三）父母

父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母，是被继承人最近的直系血亲，有权继承子女的遗产。在旧社会形成的一夫多妻家庭中，子女与生母以外的父亲的其他配偶之间形成扶养关系的，互有继承权。但是，如果子女被他人收养，则生父母即无权继承其亲生子女的遗产。而对于有扶养关系的继父母来说，当他们继承了继子女遗产时，则不影响其继承生子女遗产的权利。

（四）兄弟姐妹

兄弟姐妹是旁系血亲中最近的亲属。在我国的实际生活中，许多兄弟姐妹往往生活在一起，经济上往来也很密切，相互间具有法律上的权利义务关系。因此，继承法规定兄弟姐妹之间相互享有继承权。

兄弟姐妹包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹和有扶养关系的继兄弟姐妹。

养兄弟姐妹是指养子女与生子女之间、养子女与养子女之间的关系，他们互相享有继承权。被收养人与其亲兄弟姐妹之间的权利义务关系，因收养关系的成立而消除，因此他们之间不能相互继承遗产。

继兄弟姐妹之间的继承权，因继兄弟姐妹之间的扶养关系而发生，没有扶养关系的，相互之间不能继承遗产。继兄弟姐妹之间相互继承了遗产的，不影响其继承亲兄弟姐妹的

遗产。

（五）祖父母、外祖父母

除父母子女关系外，祖父母、外祖父母与孙子女、外孙子女之间是最近的直系血亲。在我国的家庭结构中，三世同堂的家庭比较普遍，祖父母、外祖父母之间有的还存在着事实上的扶养关系。因此，继承法确认祖父母、外祖父母对孙子女、外孙子女的继承权，有利于保护老人的合法权益。

（六）其他在一定条件下可以成为法定继承人的人和可以分得遗产的人

继承法在明确规定配偶、子女、父母、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母为法定继承人之外，根据我国的现实情况，又作出了如下规定：

1.丧偶的儿媳对公婆、丧偶的女婿对岳父岳母，尽了主要赡养义务的，可以成为法定继承人。所谓尽了主要赡养义务，一般指丧偶儿媳对公婆、丧偶女婿对岳父、岳母生活提供了主要的经济来源，或是在劳务等方面给予了主要的扶助。继承法这样规定，是为了鼓励人们发扬尊老、养老的社会主义道德风尚，使老人安度晚年、老有所养，符合我国的实际情况。

2.继承人以外的依靠被继承人扶养的缺乏劳动能力又没有生活来源的人，或者继承人以外的对被继承人扶养较多的人，虽然没有法律上的继承权，但按照继承法第十四条的规定，他们可以分得适当的遗产。所谓"适当"，并不意味着要比继承人所得遗产少，而是按照这些人的具体情况分得部分遗产，必要时还可以多于继承人。

按照继承法第十四条的规定可以分给适当遗产的人，对遗产享有独立的权利。当其依法取得被继承人遗产的权利受

到侵犯时，本人有权以独立的诉讼主体资格向人民法院提起诉讼。但是，如果在遗产分割时，明知未分给适当遗产而未提出请求的，人民法院一般就不予受理了。

二、继承顺序

继承顺序是指法律规定的法定继承人继承财产时的先后顺序。这一顺序只在法定继承中适用，而在遗嘱继承中不能适用。

按照继承法的规定，遗产按下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母以及对公婆、岳父、岳母尽了主要赡养义务的丧偶儿媳、女婿。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

依继承法第十四条规定可以分给适当遗产的人，不属于任何顺序，在继承开始时，与任何有权继承遗产的人一起分配遗产。也就是说，第一顺序继承人继承遗产时，他们可以分得适当遗产；没有第一顺序继承继承的，他们则可以在第二顺序继承人继承遗产时分得适当遗产。

继承法规定的上述顺序，具有法律约束力。除非因被继承人生前与他人订有遗赠扶养协议而按协议办理遗产转移或者生前立有遗嘱而按遗嘱办理遗产转移之外，任何组织和个人都无权变更这一顺序。

三、代位继承

代位继承是指被继承人的子女先于被继承人死亡，而由被继承人的晚辈直系血亲代替他们死去的长辈继承被继承人遗产的法律制度。例如，被继承人的儿子先于被继承人死

亡，留有一子一女。在被继承人死亡时，其已故儿子的一子一女即可代替他们死去的父亲继承其祖父（或祖母）的遗产。代位继承应注意下面几个问题：

1.代位继承人只能是被继承人的直系晚辈血亲，旁系血亲不能作为代位继承人。这里所说的直辈晚辈血亲，是指与被继承人形成了法律上的权利义务关系的血亲。因此，除被继承人的生子女的生子女可代位继承外，被继承人的养子女和已形成扶养关系的继子女的子女可以代位继承；被继承人亲生子女的养子女可以代位继承；被继承人养子女的养子女可以代位继承；与被继承人已形成扶养关系的继子女的养子女也可以代位继承。

2.代位继承人不受辈数的限制，被继承人的孙子女、外孙子女、曾孙子女、外曾孙子女都可以代位继承。也就是说，如果被继承人的子女、孙子女、外孙子女都先于被继承人死亡的，则被继承人的曾孙子女、外曾孙子女也有权代位继承。但是，如果继承人丧失了继承权，则其晚辈直系血亲就不能代位继承了。这些不能代位继承的人，如果是缺乏劳动能力又没有生活来源，或者是对被继承人尽了较多赡养义务的，则可以适当分给遗产。

3.代位继承人一般只能继承他的父亲或母亲继承的遗产份额。如果代位继承人缺乏劳动能力又没有生活来源，或者对被继承人尽过主要的赡养义务，在分配遗产时，则也可以多分。

4.只有在继承人先于被继承人死亡时，才发生代位继承。因此，如果是继承人后于被继承人死亡，但由于某些原因使继承人在被继承人死亡时未取得遗产，而是在继承人死亡后才产生被继承人的遗产继承问题，这时就不能适用代位

继承，而应由继承人的全部继承人按一般的继承取得遗产。例如，甲有子乙，1975年甲死亡，乙当时已结婚，并生有一子一女。1976年乙死亡。1981年甲因落实政策补发“文化大革命”中扣发的工资计1万多元。对此，应当确认这笔补发工资已经在甲死亡时由乙继承，成为乙的财产，只是由于历史原因未能实际取得该项财产。因此，该补发工资作为乙的遗产，应由乙的配偶、子女共同继承，而不能仅由乙的子女代位继承。

四、遗产的分配

在法定继承中继承人如何分配遗产，继承法第十五条规定：“继承人应当本着互谅互让、和睦团结的精神，协商处理继承问题。遗产分割的时间、办法和份额，由继承人协商确定。协商不成的，可以由人民调解委员会调解或者向人民法院提起诉讼。”

在遗产分割的时间确定以后，同一顺序的继承人继承遗产的份额，一般应当均等。但在下列情况下，同一顺序继承人的继承份额也可以不均等：

（一）生活有特殊困难的缺乏劳动能力的继承人，分配遗产时，应当予以照顾。

（二）对被继承人尽了主要扶养义务或者与被继承人共同生活的继承人，分配遗产时，可以多分。

（三）有扶养能力和有扶养条件的继承人，不尽扶养义务的，分配遗产时，应当不分或者少分。

对这种情况，应注意两个问题：一是继承人有扶养能力和扶养条件，愿意尽扶养义务，但被继承人因有固定收入和劳动能力，明确表示不要求其扶养的，分配遗产时，一般不应因此而影响其继承份额；二是有扶养能力和扶养条件的继

承人虽然与被继承人共同生活，但对需要扶养的被继承人不尽扶养义务，分配遗产时，应当不分或者少分。

（四）继承人协商同意的，也可以不均等。

第三节 遗嘱继承

遗嘱是公民生前决定将自己的个人财产在自己死后转移给其指定的人的法律行为。公民可以依照继承法规定立遗嘱，处分个人财产。公民立遗嘱将个人财产指定由法定继承人中的一人或数人继承，这种方式称为遗嘱继承；公民也可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人，这种方式称为遗赠。由于遗赠也是因公民的生前遗嘱而产生的法律后果，因此，本节中所述关于遗嘱的各项问题，既适用于遗嘱继承，同时也适用于遗赠。

一、遗嘱的有效条件

遗嘱必须合法有效，才能在遗嘱人死后发生遗嘱人所预期的法律效力。按照继承法及有关政策的规定，遗嘱应具备下列条件：

（一）主体合格

1.遗嘱人必须是完全民事行为能力人。因此，无民事行为能力人、限制民事行为能力人所立遗嘱，即使遗嘱人后来有了民事行为能力，仍属无效遗嘱；而如果遗嘱人在立遗嘱时有民事行为能力，但后来丧失了民为能力的，不能影响遗嘱的效力。

2.遗嘱人只能用遗嘱处分个人财产。如果遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。

（二）遗嘱必须表示遗嘱人的真实意志

遗嘱必须是遗嘱人根据自己的内心真实意愿自愿作出，凡受胁迫、欺骗所立的遗嘱无效。遗嘱还必须是表达遗嘱人本人的意志，凡伪造和被篡改的遗嘱，伪造和被篡改的内容无效。

（三）遗嘱必须合法

1.遗嘱应当对缺乏劳动能力又无生活来源的继承人保留必要的遗产份额。如果遗嘱人未保留缺乏劳动能力又无生活来源的继承人的遗产份额，在遗产处理时，应当为该继承人留下必要的遗产，所剩余的部分，才可参照遗嘱确定的分配原则处理。

2.遗嘱的见证人必须合法。按照继承法的规定，设立代书遗嘱、录音遗嘱和口头遗嘱，必须有两个以上的见证人见证。见证人必须符合法律的规定，下列人员不得作为遗嘱见证人：

（1）无行为能力人、限制行为能力人。

（2）继承人、受遗赠人。

（3）与继承人、受遗赠人有利害关系的人。

（四）遗嘱的形式必须合法

继承法中对遗嘱的形式作了强制性的规定，如果违背了继承法的规定，就可能导致遗嘱无效。但是，如果是在继承法实施以前订立的在形式上稍有欠缺的遗嘱，如内容合法，又有充分证据证明确为遗嘱人真实意思表示的，可以认定遗嘱有效。当然，这只是作为一种对继承法实施以前的遗嘱的处理办法。对继承法实施后所立遗嘱的形式，均应符合继承法的规定。

二、遗嘱的形式

继承法第十七条规定了下列遗嘱的形式：

（一）公证遗嘱

遗嘱人可以到公证机关对自己的遗嘱办理公证。经公证机关审查，认为遗嘱真实合法，予以公证的遗嘱，具有高于其他形式遗嘱的法律效力。

（二）自书遗嘱

遗嘱人可以自己亲笔书写遗嘱，并应在遗嘱中签名，注明年、月、日。

公民在遗书中涉及死后个人财产处分的内容，如果确定是死者真实意思的表示，有本人签名并注明了年、月、日，又无相反证据的，可按自书遗嘱对待。

（三）代书遗嘱

遗嘱人书写有困难的，可以请求他人代为书写遗嘱。代书遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证，由其中一人代书，注明年、月、日，并由代书人、其他见证人和遗嘱人签名。

（四）录音遗嘱

以录音形式所立遗嘱，应当有两个以上的见证人在场见证。一般来说，见证人也应将自己的见证意见录入录音磁带中，作为录音遗嘱的组成部分。有可能的话，遗嘱人还应当在录音中说明设立该遗嘱的年、月、日。

（五）口头遗嘱

口头遗嘱又称危急遗嘱，它是指遗嘱人在危急情况下，以口头形式设立的遗嘱。设立口头遗嘱应当有两个以上的见证人在场见证。在危急情况解除后，遗嘱人能够用书面或者录音形式设立遗嘱的，应以书面或者录音遗嘱为准。这时，如果该公民未设立其他形式遗嘱，在他死亡时就要按法定继承办理。

三、遗嘱的变更和撤销

遗嘱人在设立遗嘱后，由于其内心意愿的变化，可以对以前所立遗嘱进行变更，也可以撤销以前所立的遗嘱。对于遗嘱的变更和撤销，应当注意下列问题：

（一）对于公证遗嘱，只能以公证的形式变更和撤销。自书、代书、录音、口头遗嘱，不得变更和撤销公证遗嘱。

（二）如果遗嘱人立有数份遗嘱，内容相抵触，最后的遗嘱即视为对以前遗嘱的变更或撤销。如果数份遗嘱中有公证遗嘱的，以所立公证遗嘱为准；没有公证遗嘱的，以最后所立遗嘱为准。

四、附义务的遗嘱

遗嘱人在设立遗嘱时，可以写明当他死后，接受他遗产的遗嘱继承人或者受遗赠人应当承担某种义务，如写明接受他遗产的遗嘱继承人或者受遗赠人应当以遗产中的若干财产设立一个基金会，或应当对某一特定的人给予一定的经济帮助等。这种内容的遗嘱就是附义务的遗嘱。

对于附义务的遗嘱，如果所附义务能够履行，而遗嘱继承人、受遗赠人无正当理由不履行遗嘱中的义务，经受益人或其他继承人请求，人民法院可以取消不履行义务的遗嘱继承人、受遗赠人接受附义务的遗产的权利，由提出请求的继承人或受益负责按遗嘱人的意愿履行义务，接受遗产。

五、遗赠扶养协议

为了维护老年人的合法权益，鼓励人们发扬社会主义尊老、爱老、养老的风尚，我国继承法还规定了一种特殊的协议形式——遗赠扶养协议。按照继承法第三十一条的规定，遗赠扶养协议是公民与扶养人（包括公民和集体所有制组织，下

同）签订的协议。按照协议，扶养人承担该公民生养死葬的义务，有享受遗赠的权利。

签订遗赠扶养协议应注意下列问题：

（一）扶养人可以是公民，也可以是集体所有制组织。公民作为扶养人，只能是法定继承人以外的人。这是因为法定继承人与被继承人之间原来就存在着法律上的扶养权利义务关系，同时也可以通过继承的方式取得遗产，因此无需签订遗赠扶养协议。

（二）遗赠扶养协议一经订立，即具有法律效力，双方均应认真履行。如果扶养人无正当理由不履行义务，致使协议解除的，就无权享有受遗赠的权利，以前为进行扶养所支付的费用一般也无权得到补偿；反之，如果遗赠人无正当理由而不履行协议，例如在签订协议后又把协议中所列的遗赠财产送给他人或另立遗嘱对该财产进行处分等，致使协议解除的，则应偿还扶养人已支付的供养费用。

（三）由国家或集体所有制组织供给生活费的烈属和享受社会救济的城市居民，他们与国家、集体组织或社会救济部门之间没有遗赠扶养协议。因此当他们死亡后，其财产仍应准许其合法继承人继承。

（四）我国农村实行“五保”制度（即由集体所有制组织对孤寡老人的吃、穿、烧、医、葬等方面进行保障的制度），双方有扶养协议的，按协议处理；没有扶养协议，死者有遗嘱继承人或法定继承人要求继承的，按遗嘱继承或法定继承处理，但集体所有制组织有权要求扣回因“五保”所支出的费用。

3.遗嘱的执行

遗嘱人可以在遗嘱中指定遗嘱执行人，在遗嘱人死亡

后，由遗嘱执行人按照遗嘱所确定的遗产处理方式分配遗产。如果遗嘱中没有指定遗嘱执行人或者所指定的遗嘱执行人因故不能执行，则可由遗嘱继承人协商推举其中一人作遗嘱执行人。对担任遗嘱执行人以及遗嘱的执行发生争议的，可以提起诉讼，由人民法院按诉讼程序处理。

第四节　遗产的处理

继承从被继承人死亡时开始后，即应进行遗产的处理。处理遗产首先应当明确应以哪种方式进行财产的转移。按照继承法的规定，遗赠扶养协议的效力是最高的。因此，继承开始后有遗赠扶养协议的，应按协议办理；没有协议但被继承人有遗嘱的，应按遗嘱办理；即无协议又无遗嘱的，才能依法定继承办理。如果公民死亡后，其财产既无人继承，也无人受遗赠，则遗产归国家所有；死者生前是集体所有制组织成员的，则遗产归死者生前所在的该组织所有。遗产因无人继承又无人受遗赠而收归国家或集体所有制组织所有时，按照继承法第十四条规定可以分得遗产的人提出取得遗产的要求时，人民法院应当视情况适当分给遗产。

一、继承开始后的通知及保管遗产的义务

（一）通知的义务

继承开始后，知道被继承人死亡的继承人应当及时通知其他继承人和遗嘱执行人。继承人中无人知道被继承人死亡或者知道被继承人死亡而不能通知的，由被继承人生前所在单位或者住所地的居民委员会、村民委员会负责通知。

（二）保管遗产的义务

继承开始后，有时并不立即分割遗产。因此，存有遗产

的人即负有了保管遗产的义务，他们应当妥善保管遗产，任何人不得侵吞或争夺。对于那些故意隐匿、侵吞或争抢遗产的继承人，人民法院可以酌情减少其应继承的遗产份额。

人民法院在审理继承案件时，如果知道有继承人而无法通知的，在分割遗产时，要保留其应当继承的遗产份额，并确定该遗产的保管人或者保管单位。待与该继承人取得联系后，由继承人到保管人或者保管单位处接受遗产。

二、继承权、受遗赠权的行使和放弃

公民死亡后，其继承人和受遗赠人(根据遗嘱）即享有了取得遗产的权利——继承权和受遗赠权。对于继承权和受遗赠权，权利人可以根据这些取得遗产。如果继承人是无民事行为能力人，他的继承权、受遗赠权由其法定代理人行使；继承人是限制民事行为能力人的，他的继承权、受遗赠权由其法定代理人行使或者征得法定代理人同意后行使。

法定代理人代理被代理人行使继承权、受遗赠权，不得损害被代理人的利益。一般来说，法定代理人不能代理被代理人放弃继承权、受遗赠权。如果法定代理人的代理行为明显损害被代理人利益的，经或有关人员或有关单位申请，人民法院可以确定其代理行为无效，必要时还可以撤销其法定代理人的资格。

遗产的继承人、受遗赠人可以放弃继承权、受遗赠权。继承法第二十五条对继承权的放弃和受遗赠权的放弃规定了不同的方式：

（一）继承权的放弃

继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。继承人放弃继承，一般应当以书面形式向其他继承人表示。用口头

方式表示放弃继承的，本人承认，或者有其他充分证据证明的，也应认定继承人放弃继承的表示有效。如果继承人是在诉讼中向人民法院以口头方式表示放弃继承的，人民法院审判人员应当制作笔录，由放弃继承的人在笔录上签名。

继承人放弃继承权的表示，应当是在被继承人死亡之后，即继承开始后作出。继承人在被继承人死亡前所作的放弃继承的表示，一般不能对继承人产生法律约束力。当被继承人死亡后，如果继承人未再作出放弃继承的表示，他就仍然有权继承遗产。同时，放弃继承的表示还应在遗产处理前作出。如果是在遗产处理后又表示放弃权利，所放弃的就不再是继承权，而是对所取得遗产的所有权的放弃了。这时，既使继承人放弃了所有权，也仍然应当承担相应的义务——以取得遗产实际价值为限清偿被继承人依法应缴纳的税款和债务。而如果是放弃继承权，继承人就可以不承担这一清偿义务。

（二）受遗赠权的放弃

受遗赠人应当在知道受遗赠后的两个月内，作出接受或者放弃受遗赠的表示。到期没有表示的，视为放弃受遗赠。

继承法之所以对受遗赠权的放弃作出与继承权的放弃不同的规定，是由于受遗赠权的性质所决定的。如前所述，继承人在享有继承权时，同时也即应当相应地承担被继承人生前所应履行的财产义务，而受遗赠权则不同，只要在遗嘱中没有附加义务，受遗赠人就只享受接受遗产的权利而不承担其他义务。因此，继承法规定是在一定期限内受遗赠人不作出行使受遗赠权的表示，即视为放弃了该权利。

三、遗产的分割

（一）遗产分割的原则

遗产的分割应当本着有利于生产和生活的需要，不损害遗产效用的原则进行。特别是在分割遗产中的房屋、生产资料和特定职业所需要的财产时，更应注意有利于发挥遗产的使用效益和继承人的实际需要，并应兼顾各继承人的利益。对于那些不宜分割的遗产，则可以采取折价、适当补偿或者共有等方法进行处理。

（二）胎儿保留份

为了保护被继承人死亡时尚在他妻子腹中未出生的胎儿的合法权益，继承法第二十八条规定，在遗产分割时，应当保留胎儿的继承份额。胎儿出生时是死体的，保留的份额照法定继承办理。即是说，如果胎儿出生时是活体的，这一保留份即由其继承，即使是出生后不久就死亡了，这份遗产也仍然归该出生的婴儿所有而成为婴儿的遗产，由其继承人继承。

胎儿的遗产保留份，是法律对分割遗产所作的强制性规定。如果继承人在分割遗产时没有为胎儿保留遗产份额，应当从继承人所继承的遗产中扣回。

四、被继承人依法应缴纳的税款和债务的清偿

继承人通过继承的方式取得了遗产，是取得了权利，同时也就应当承担相应的义务。对此，继承法第三十三、三十四条规定了如下原则：

（一）谁继承谁清偿的原则

为被继承人缴纳应缴税款和偿还债务的义务，由继承了遗产的继承人负责。继承人放弃继承的，可以不负偿还的责任。

如果遗产已被分割而未清偿税款和债务，对遗产的处理既有法定继承方式又有遗嘱继承和遗赠方式的，首先由法定继承人用其所得遗产清偿债务，不足清偿时，剩余部分由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还；对遗产的处理仅有遗嘱继承和遗赠方式的，则由遗嘱继承人和受遗赠人按比例用所得遗产偿还。

（二）有限清偿的原则

继承人所承担的清偿义务，仅以其继承遗产的实际价值为限。超过遗产实际价值的部分，继承人不负清偿的义务，如果继承人自愿替被继承人偿还，法律也并不禁止，但是偿还后继承人不得以不知道自己只承担有限清偿义务而要求返还超过遗产实际价值的那部分财产。

在执行这一原则时，还应注意要体现继承法的养老育幼原则。如果被继承人的继承人中有缺乏劳动能力又无生活来源的人，则即使遗产不足清偿税款和债务，也应首先为缺乏劳动能力又无生活来源的人保留适当的遗产，然后再按照法律规定的清偿顺序进行清偿。

（三）按比例清偿的原则

如果继承人有两个以上，各个继承人应当按各自所得遗产在整个遗产中所占的比例承担清偿义务。当然，如果继承人之间为了相互扶助，经济条件好的继承人代替其他继承人承担了清偿义务，法律也并不予禁止。

（四）清偿税款和债务优于遗赠的原则

遗赠只是给予了受遗赠人接受遗赠财产的权利，而遗赠人并不承担清偿被继承人依法应缴纳的税款和债务的义务。因此，为了保护国家和债权人的利益，继承法第三十四条规定，执行遗赠不得妨碍清偿遗赠人依法应当缴纳的税款和债

务。根据这一原则，即使被继承人在遗嘱中有关于遗赠的内容，在分割遗产时，也应首先清偿税款和债务，然后才能执行遗嘱中关于遗赠的内容；如果清偿后遗产已无剩余，则遗赠自然失去效力。

第五编　民　事　责　任

第十五章　民事责任概述

第一节　民事责任的法律特征

一、民事责任的概念

民事责任是指民事主体因违反合同或者不履行其他义务以及侵害国家、集体的财产，侵害他人财产、人身权利而产生的法律后果。

上述概念说明，在民法中所使用的民事责任，专指民事主体违反合同或不履行其他义务以及侵害其他民事主体的合法权利而产生的法律后果。因此，不能把目前经济生活所使用的责任与民事责任混同起来。例如，在企业经营中的承包经营责任制，岗位责任制等，这里使用的责任，实际上是以义务为主的职责，而不是民事责任。

民法通则对民事责任加以专章规定，是我国民法的一个显著特征。按照传统民法理论，侵害他人权利所产生的法律后果，是在受害人与侵害人之间产生侵权行为之债。在这种债的关系中，受害人是债权人，他有权要求侵害人对因侵害而造成的损失给予赔偿；侵害人则是债务人，他有义务按

照受害人的要求赔偿损失。而在我国民法通则中，侵权行为产生的法律后果并未在债权中加以规定，而是将其规定为民事责任。

二、民事责任的法律特征

民事责任作为一种法律责任，具有如下法律特征：

（一）民事责任是在正常的民事法律关系受到损害时产生的法律后果

正常的民事法律关系的内容只包括民事权利和民事义务。只要权利人正确行使自己的权利，义务人自觉地履行自己的义务，不会产生民事责任问题。只有当义务人不履行义务以及公民和法人的合法民事权利受到侵害时，法律才规定要由不履行义务和侵害权利的人承担民事责任。可见，民事责任是在非正常情况下产生的法律问题。

虽然民事责任并不在正常的民事法律关系中出现，但它与民事法律关系又有着密切的联系：没有民事权利，也就不会产生侵权行为；没有民事义务，也就不可能产生不履行义务的行为。同时，一旦权利受到侵害，义务得不到履行，就只有通过要求侵权人、违反义务的人承担民事责任这一法律途径来保护受到侵害的权利，对因对方违反义务而产生的后果采取补救措施。从这个意义上讲，没有民事责任的法律制度，民事权利和民事义务也就不能称其为法律上的权利和义务。民事责任是使正常的民事法律关系得以实现的法律保证。

（二）民事责任可以由当事人自行承担，无需通过行政程序或司法程序

民事责任虽然是一种因不履行义务（包括合同义务和法定义务）或侵权等违法活动而产生的法律后果，但民事责任

的承担却并不要求必须由行政机关作出决定或司法机关作出裁决。这一点，是民事责任与行政责任、刑事责任的重要区别。责任人承担行政责任、刑事责任必须经行政机关的决定或司法机关的裁决。而民事责任却不同，它可以不经过行政程序和司法程序，而由当事人自行决定如何承担。有时，经过协商，当事人之间达成谅解后，还可能会免除责任人应承担的责任。只有当双方当事人协商不成而发生争议并诉至人民法院时，责任人才根据人民法院的裁决承担民事责任。

民事责任的这一特征，是由民事权利的特点所决定的。法律允许民事主体处分自己的民事权利。当这些权利受到侵害或由于义务人不履行义务而不能行使时，如果权利人对侵害人或违反义务的人表示谅解，就可以免除或减轻其所应承担的民事责任。当然，这种免除或减轻民事责任应以不损害国家、集体和他人的利益为前提。

（三）民事责任的承担并不构成免除其他法律责任的条件

民事责任是侵权人和不履行义务人因其侵权行为和不履行义务行为所导致的民事法律后果。但承担了民事法律责任，并不能免除其他法律责任。对此，民法通则第一百一十条规定："对承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的，应当追究行政责任；构成犯罪的，对公民、法人的法定代表人应当依法追究刑事责任。"

如前所述，对于民事责任，权利人可以在不损害国家、集体和他人的利益的前提下，免除或减轻责任人所应承担的民事责任。但权利人不能免除或减轻责任人应负的行政责任和刑事责任。则这两种责任是强制性的法律责任，只要违反了法律的规定，就应当追究。在实际生活中那种"赔了不

罚、罚了不赔”（即承担了民事责任就不承担行政责任、刑事责任；承担了行政责任刑事责任就不承担民事责任）的作法是不符合法律规定的。

第二节　民事责任的分类

根据不同的标准可以将民事责任分为以下几类。

一、不履行义务的责任和侵权责任

根据在责任产生时责任人是否与对方存在着债的权利义务关系，可以将民事责任分为不履行义务的责任和侵权责任。

不履行义务的责任是指责任人违反合同或不履行其他义务时所应承担的民事责任。这种责任又可分为违反合同的责任和不履行其他义务（如不当得利之债中不当得利人返还不当得利的义务，无因管理之债中受益人向管理人支付管理人因无因管理而支出的必要费用的义务等）的责任。由于不当得利和无因管理在债权中已有论述，在本章将只论述违反合同的民事责任。

侵权责任是指责任人非法侵害国家、集体的财产，侵害他人财产和人身权利时所应承担的民事责任。

从本质上讲，不履行义务与侵权的性质是相同的。因为不履行义务也是侵害了权利人的权利——债权，而侵权实际上也就是违反了义务——不侵害他人合法权利的义务。但是，如果我们从这两种责任产生的基础上来看，则有着明显的不同。不履行义务责任的产生，基于责任人与对方之间原来已经存在的债的权利义务关系，如合同之债、不当得利之债、无因管理之债等；而侵权责任的产生，则在责任人与受

害人之间原来并不存在着债的关系，这种责任的产生完全是基于责任人对受害人合法权利的不法侵害。

二、有限责任和无限责任

在企业的经济活动中根据出资人对其出资的企业所负的责任范围的不同，可将民事责任分为有限责任和无限责任。

有限责任是指出资人对其出资的企业所负债务，仅以其出资额为限承担责任，超过出资额的债务，出资人不承担责任。例如，甲企业与乙企业联营，双方各出资15万元建立了一个总资本30万元的企业法人丙。如果丙企业负债50万元，就将导致破产，而甲企业与乙企业除了以已经向丙企业投入的30万元资本外，不再承担其他财产责任。这就是甲企业与乙企业对丙企业承担的有限责任。

无限责任是指出资人对其出资的企业所负债务，不以其出资额为限承担责任，而要以其全部财产承担责任。例如，甲企业与乙企业各出资5万元，按照民法通则第五十二条的规定建立了一个不具备法人资格的联营企业。如果该联营企业负债50万元，那么除了以甲、乙两企业对该联营企业的出资承担清偿责任外，不足部分仍应由甲、乙两企业以自己的全部财产承担清偿责任。这就是甲、乙两企业对联营企业承担的无限责任。

三、按份责任和连带责任

当有两个以上责任人时，按照责任人之间是否有连带关系来划分，可将民事责任中的共同责任（即由两个以上的责任人承担责任）分为按份责任和连带责任。

按份责任是指共同责任人中每个责任人仅对其所应承担的份额承担责任，而对其他责任人所应承担的责任则不予承担。例如，甲企业的银行贷款30万元，由乙企业和丙企业担

保，担保合同中乙企业同意担保10万元，丙企业担保20万元，如果甲企业不能偿还贷款，则乙企业只承担10万元的担保责任，丙企业只承担20万元的担保责任。对这30万贷款来说，乙、丙两企业所承担的就是按份责任。

连带责任是指共同责任人中每一个责任人都有义务承担全部的责任，而不以其所应承担的责任份额为限。仍以上述借贷合同为例，如果乙、丙两企业并未在担保合同中写明各自所担保的份额，而只是写明由它们两个企业共同对甲企业的30万元贷款担保。那么，当甲企业不能偿还贷款时，银行有权要求乙、丙两企业中的任何一个企业承担30万元贷款的全部担保义务，而乙、丙两企业中任何一个企业都有义务承担全部担保义务。

四、过错责任与无过错责任

根据是否以行为人主观上的过错为承担责任的条件，可将民事责任分为过错责任与无过错责任。

过错责任是指行为人主观上有过错时方承担责任。在一般情况下，行为人主观上有过错是承担民事责任的必要条件。“有过错有责任，无过错无责任”是承担民事责任的一般原则。

无过错责任则是指行为人即使主观上并无过错，但法律规定也要承担民事任责，这种责任不能由当事人来确定，而只有当法律有明文规定时，行为人才能承担民事责任。例如，对于从事高度危险作业的作业人来说，法律规定，只要因高度危险的作业造成了他人的损害，如果不能证明是受害人自已故意造成的损害，作业人就要承担民事责任。在这种情况下，作业人承担的民事责任就是无过错责任。

五、单方责任和混合责任

根据当事人双方在主观上的过错情况，可以将民事责任分为单方责任和混合责任。

单方责任是指当事人一方有过错，而对方无过错时，由有过错的一方承担的民事责任。

混合责任是指当事双方均有过错，而按照各自过错的大小来承担责任。在违反合同的责任中，在确定赔偿损失的责任时，有过错一方应赔偿对方因此而造成的损失，如果双方都有过错，则各自承担相应责任；在侵权责任中，如果受害人也有过错的，则可以减轻侵害人的民事责任。

第三节　民事责任的方式

违反义务和侵害他人权利所应承担的民事责任，民法通则第一百三十九条规定了下列十种主要的方式：

一、停止侵害

这种责任方式是对持续性的侵害行为所作的规定，目的在于制止侵害人的侵害行为继续进行。当公民、法人的著作权、专利权、商标专用权、发现权、发明权和其他科技成果权等知识产权受到侵害，以及对公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权、法人的名称权、名誉权、荣誉权等人身权受到侵害时，受害人可以要求侵害人停止侵害。

二、排除妨碍

这种责任方式主要是对于因侵害人的行为而使权利人的权利难于行使时所作的规定，目的在于保障权利人能够顺利地不受阻碍地行使自己的权利。公民、法人的物权，如所有权、经营权、承包权、使用权、相邻权等权利因侵害人的不法行为

侵害而无法正常行使时，有权要求排除妨碍。

三、消除危险

这种责任方式主要是针对某些可能给权利人带来危险的客观情况所作的规定。凡因某些客观情况的存在，如从事毒品生产未采取必要的措施而可能给周围居民带来危险、危险建筑等，可能因此危险而使自已的财产和人身受到侵害的人，都有权要求消除危险。

四、返还财产

这种责任方式是针对财产被他人非法占有所作的规定。当财产所有人或合法的经营管理人、使用人的财产被他人非法占有时，只要原物存在，权利人均有权要求返还财产。如果被非法占有的财产生了孳息。如母牲畜下了幼仔、果树结了果实，非法占有人也应将孳息返还给权利人。其他不当得利也应返还给受到损失的人。

五、恢复原状

这种责任方式是对给他人财产造成损害并有可能修复时所作的规定。凡财产因侵害人的行为而造成损害，能够修复的，受侵害人有权要求恢复原状。但如果恢复原状所付出的费用将超过购买新的同种类物的费用时，侵害人有权拒绝恢复原状，代之以赔偿新的同种类物。

六、修理、重作、更换

这种责任方式是针对债务人履行合同所交付的标的物的质量不合格时所作的规定。债权人发现债务人提供的标的物质量不合格时，有权在法定或合同约定的期限内要求债务人对标的物进行修理、重作或更换。

七、赔偿损失

这种责任方式是针对所有因不履行合同或其他义务及侵

害他人合法权利造成损失时所作的规定。凡因对方不履行义务或侵害了自已的权利而引起损失的，权利人都有权要求赔偿损失。

八、支付违约金

这种责任形式是仅针对违反合同时所作的规定。合同双方当事人中任何一方违反合同时，如果合同或法律有规定时，另一方有权要求支付违约金。

九、消除影响、恢复名誉

这种责任方式主要是针对公民、法人的知识产权、人身权（身体健康权除外）受到侵害并产生了不良影响时所作的规定。

十、赔礼道歉

这种责任方式主要是针对公民、法人受到精神损害时所作的规定。这种责任方式原来只是一种道德习惯，但经法律规定后，即产生了强制性。例如，如果侵害他人名誉权、荣誉权等造成了公开的恶劣影响，受害人要求侵害人赔礼道歉遭到拒绝的，可以要求人民法院责令侵害人赔礼道歉，并可以责令侵害人在报刊杂志上刊登公开赔礼道歉的声明，费用由侵害人支付。

上述十种承担民事责任的方式，可以单独适用；根据法律的规定和案件的性质，也可以合并适用。

人民法院在审理民事案件时，除了可以责令被告承担上述民事责任外，还可以针对不同情况，对承担民事责任的人予以训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可以依照法律的规定处以罚款、拘留。

对于承担民事责任的公民、法人需要追究行政责任的，人民法院有权建议有关部门追究其行政责任；构成犯罪的，

对公民、法人的法定代表人及直接责任人，还应当依法追究刑事责任。

第十六章　违反合同的民事责任

第一节　违反合同的民事责任的构成要件

一、违反合同的民事责任的概念

违反合同的民事责任又称违约责任。它是指合同当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件时所应承担的民事责任。

违反合同的民事责任的特点，在于它是以当事人之间已经存在的合同而产生的。合同中当事人的权利就是要求对方按照合同的约定履行义务。只有当当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件时，才会产生违反合同的民事责任问题。

对于违约合同的民事责任应当有一个正确的认识，即是说这种责任并不要求必须写在合同上。虽然我国经济合同法规定的经济合同主要条款中有“违约责任”这一条，但这只是为合同当事人提供的一个选择条款。在签订合同时，当事人可以在合同中约定违约责任条款，也可以不约定违约责任条款。无论是否有违约责任条款，只要一方违反合同，另一方就有权要求违约方承担违反合同的民事责任。

二、违反合同民事责任的构成要件

承担违反合同的民事责任，必须具备如下必要条件：

（一）违反合同事实的存在

违反合同的事实，包括下面几种情况：

1.不履行合同。在合同中的约定的履行期限到来时，任何一方未履行合同规定的义务，都构成违反合同。

2.不完全履行。当事人虽然在约定的履行期限内履行了合同，但不符合合同所约定的条件，即为不完全履行。例如，甲企业与乙企业签订了由甲企业向乙企业提供某种机电产品的合同。甲企业虽然按期交付了产品，但所提供的产品质量不符合要求或是规格品种等不符要求，就是不完全履行合同。

3.延迟履行。当事人超过了合同约定的期限履行合同，即构成延迟履行。延迟履行，即使所提供的标的符合合同约定的条件，也应承担违反合同的责任。

（二）违反合同一方主观上有过错

所谓主观过错，是指合同当事人在违反合同时的主观意识状态。这种主观意识状态包括两类。一类是故意，即当事人有意不履行合同中所规定的义务，如无理拒绝履行合同、隐瞒标的物的瑕疵、为自己资金周转方便而无理拒付贷款等；另一类则是过失，指合同当事人一方虽然预见到可能会违反合同，但轻信依靠自己的实力能够避免违反合同后果的发生，或者是应当预见到可能会因某些原因而违反合同，但因疏忽大意而未能作出这种预见，结果产生了违反合同的后果。

在合同法中，区别故意和过失对于民事法律后果的意义不大。无论是故意还是过失，对于承担民事责任并不产生实质性的影响，因为它们都属于主现上的过错。但是，这两者所产生的其他法律后果，如行政责任和刑事责任却是不同的。同样是违反合同，责任人在承担了相应的民事责任后，

会因主观上故意或过失的不同而承担不同的行政责任及刑事责任。一般情况下，对于故意违反合同或侵害权利的行政制裁、刑事制裁要严于因过失而导致的违反合同。

在某些情况下，造成合同不履行或不适当履行、延迟履行是由于合同双方当事人的过错引起的。这时，就要根据实际情况，由双方分别承担各自应负的违反合同的民事责任。

（三）违反合同的一方当事人不具备法律所规定的免责条件

民法通则第一百零七条规定，因不可抗力不能履行合同的，不承担民事责任。对此，经济合同法第三十四条则有较为详细的规定：“当事人一方因不可抗力的原因不能履行经济合同时，应及时向对方通报不能履行或者需要延期履行、部分履行经济合同的理由，在取得有关主管机关证明以后，允许延期履行、部分履行或者不履行，并可根据情况部分或全部免予承担违约责任。”

所谓不可抗力，是指不能预见，不能避免并不能克服的客观情况。按照上述法律的规定，因不可抗力而引起的合同不履行，可以免除当事人的违反合同民事责任。但是，被免除责任的当事人应承担两项义务：

1.通知对方当事人的义务。一个合同不能履行可能会影响许多合同的正常履行，因此，一旦发生因不可抗力而无法履行合同的情况，当事人必须在可能的条件下及早通知对方，使对方能够及时采取措施来对可能造成的损失加以补救。如果在不可抗力发生后，有条件能够通知对方而不通知，则仍应承担由此而产生的民事责任。

2.举证的义务。由于不可抗力是否存在，涉及到当事人是否要求承担民事责任的问题，因此法律要求因不可抗力而

不能履行合同的当事人应当承担举证的义务，即应当在不可抗力发生后，立即要求有关主管机关对不可抗力以及由此而引起合同不能履行的事实作出证明，或者立即要求公证机关对此作出公证，并将证明或公证材料送达对方当事人。如果不能取得有关的证明或公正，不能履行合同的当事人就有可能要承担违反合同的民事责任。

第二节　违反合同的民事责任方式

当事人违反合同所应承担的民事责任方式，主要有下列几种：

一、强制继续履行

当事人一方不履行合同时，另一方认为仍有履行必要的，有权要求违反合同方继续履行；拒不履行的，对方当事人可以向人民法院起诉，强制违反合同方履行义务，也有权要求变更乃至解除合同。这一权利是法律赋予违反合同方的对方当事人的权利。

二、支付违约金

违约金是指一方违反合同时，按照合同的约定或者法律的规定向对方给付的一定数额的货币。

经济合同法第三十五条规定："当事人一方违反经济合同时，应向对方支付违约金。"对于如何偿付违约金，由国务院发布的有关经济合同的实施条例和实施细则作了具体规定。

（一）条例和细则具体规定了违约金的计算标准，未允许当事人另行约定的，例如工矿产品购销合同条例第三十五条第五项、第三十六条第三、四项，《农副产品购销合

同条例》第十八条第三、五项,《借款合同条例》第十五、十六、十七条《加工承揽合同条例》第二十二条第五项，规定逾期交货、逾期提货、逾期付款，按中国人民银行有关延期付款、加收罚息等规定偿付违约金，或者按价金总额的一定比例付违约金。当事人违反这些规定，在合同中另行约定违约金的，其约定违约金的条款无效，仍应按照条例的规定办理。

（二）《工矿产品购销合同条例》第三十五条第一项、第三十六条第一项,《农副产品购销合同条例》第十七条第一、二、四项和第十八条第一、二项,《加工承揽合同条例》第二十一条第五项、第二十二条第二项都规定了违约金的比例幅度，同时又允许当事人在此法定比例幅度内商定具体比例或数额的。按照这些规定的精神,合同当事人在合同中约定的违约金，如果是在法律所确定的违约金比例幅度之内，应当承认该违约金条款的法律效力；但是如果超出法定比例幅度的超 出部分应为无效；而如果低于法定比例幅度的，应按法定的最低限度执行。

（三）条例和细则虽然规定了违约金的数额，但同时也允许当事人在合同中另行约定，或者规定当事人的约定优先于法定的，不受其限制，例如按照《仓储保管合同实施细则》第二十五条，《加工承揽合同条例》第二十一条第四项的规定，合同当事人有权在法定违约金的范围以外自由商定违约金的数额。合同当事人在合同中这类约定具有法律效力，并优于法定违约金的规定。一旦出现违约行为，则应按合同约定的违约金比例或数额由违约方向对方支付违约金。

（四）条例和细则对违约金未作具体规定的，应由当事人自行协商约定。例如，《建筑安装工程承包合同条例》第

十三条第一、二项规定，承包交付工程的时间不符合规定，或者发包方超过合同规定日期验收，按合同中的违约责任条款的规定偿付逾期违约金。当事人在合同中对违约金所作的这类约定，应承认其为有效。

由于上述（三）、（四）两种情况允许当事人对违约金作出约定，为了保证公平，防止当事人滥用自行约定的权利，约定违约金的数额一般应以不超过合同未履行部分的价金总额为限。对于超出部分，如果人民法院认为显失公平，可以不予保护。

法律规定支付违约金作为违反合同民事责任的一种方式，目的在于一方面对违约方给予一定的民事制裁，一方面也是对另一方因违约所遭受损失的补偿。因此，我国的违约金制度具有惩罚性和补偿性两种法律性质。如果一方违约，另一方并未因此而遭受损失，支付违约金就成为完全惩罚性的民事制裁；如果一方违约，另一方所受损失小于违约金数额的，则支付违约金就兼有了惩罚性和补偿性两种性质；如果一方违约，另一方所受损失等于或者超过了违约金的数额，支付违约金就仅具有补偿的性质了。

由于违约金的上述法律性质，使合同的当事人在大多数情况下通过要求违约方支付违约金就可以保证自己免受损失，而且无需对自己的损失承担举证责任。只要发生一方违约的法律事实并且没有法定的免责情况，另一方就有权要求违约方支付违约金。

三、赔偿损失

赔偿损失是最重要的一种承担违反民事责任方式。违约方承担赔偿损失的民事责任，除了应当具备前面所说的两个条件外，还必须有第三个条件，即确实由于当事人一方违反

合同而给对方造成了财产损失。也就是说，只有在具备了违约事实、违约人主观过错和对方因违约而受到财产损失这三个条件时，才可能产生赔偿损失的民事责任。

因一方违反合同常给对方造成的损失，包括直接损失和间接损失。所谓直接损失，是指由于一方违反合同而直接给对方造成的损失，如借款方到期不偿还借款，出借方就会因此而损失应收借款及利息；承租方违反租赁合同中关于租赁物特定用途的义务，使租赁物损毁或灭失等。间接损失，则是指因一方违约而使对方损失了利益或承担了财产责任，前者如因供货方不履行合同，取货方为进行生产而寻找替代物所多支付的费用；后者则如因一方违约而使对方无法履行对第三方的义务从而承担的违约责任等。

承担赔偿损失的责任，有两种方式。一种是当法律规定当事人对违约金不能作出另外约定时，违约方除当首先向对方支付违约金外，如果由于违约而给对方造成的损失超过违约金数额的，违约方还应赔偿损失，补偿违约金不足的部分。另一种赔偿损失的责任方式则是，当法律未对某种合同规定违约金的计算方法或者虽有规定但允许当事人作出另外约定时，合同当事人可以在合同中约定对于违反合同而产生的损失赔偿额的计算方法。一旦一方违反合同，即可不适用关于支付违约金的规定，直接按合同约定的计算方法赔偿损失。在这种情况下，按照民法通则第一百一十二条的规定，当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失。

在确定赔偿损失的民事责任时，应当特别注意，当事人不能因对方违反合同而放任损失的扩大，而应当及时采取措施防止损失的扩大；没有及时采取措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿。

第三节　上级责任

一、上级责任的概念

上级责任是指合同当事人并无过错，而是由于当事人在行政上或经济上所隶属的法人的过错，造成当事人违反合同时所产生的责任。

从理论上讲，在平等主体之间进行的民事活动，不应存在一方出于非自愿的原因而违反合同的情况。任何一方当事人都应当作为一个独立自主的民事主体享受权利并履行义务。但鉴于我国目前的实际情况，许多企业的自主权还要受到行政主管机关、业务主管机关的限制，因此法律专门对由于上级的过错而导致当事人违反合同时的民事责任作了规定。这种规定符合我国目前经济管理体制现状的要求。

二、上级责任的法律特征

(一)违反合同是由于一方当事人的上级的过错造成的。如果是当事人的上级领导机关或业务主管机关依法行使权力而造成的一方当事人违反合同，则不能构成上级责任。例如，业务主管机关发现所属企业的产品不符合国家的质量标准，依法责令该企业停止整顿。因此导致该企业违反合同而产生的责任，则只能由该企业自己负责。

(二)产生上级责任时，应首先由违反合同的当事人承担违反合同的民事责任，然后再追究上级责任。

违反合同的一方不能以违约合同是由于上级过错而拒绝承担责任。经济合同法第三十三条规定："由于上级领导机关或业务主管机关的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行的，上级领导机关或业务主管机关应承担违约责

任。应先由违约方按规定向对方偿付违约金或赔偿金，再由应负责任的上级领导机关或业务主管机关负责处理。”民法通则第一百一十六条也规定：“当事人一方由于上级机关的原因，不能履行合同义务的，应当按照合同约定向另一方赔偿损失或者采取其他补救措施，再由上级机关对它因此受到的损失负责处理。”由此可见，法律对于因上级的过错而造成的当事人一方违反合同，规定了两种不同的责任。首先，对于违反合同这一事实，规定要由违反合同的一方当事人承担民事责任，这样有利于保护对方当事人合法权益的尽快实现。其次，在承担了民事责任之后，违反合同一方当事人再要求其上级机关承担责任。由于这种上级责任属于行政法、经济法调整的范围，因此在民法通则和经济合同法中只规定应由上级负责处理。而上级应当如何处理，处理不公平时应如何追究上级的法律责任，由行政法、经济法规定。

第十七章　侵权的民事责任

第一节　一般侵权民事责任的条件

侵权的民事责任（以下简称侵权责任）是指行为人非法侵害国家、集体的财产权利以及侵害他人财产、人身权利时所应承担的民事责任。

依法追究行为人的民事责任，必须具备下列必要条件：

一、侵害事实的客观存在

侵害事实包括侵害财产权的事实和侵害人身权的事实。

（一）侵害财产权的事实

侵害财产权是指对国家、集体及其他公民的财产实施

的非法占有、损坏以及为从事营利性活动而剽窃、篡改、假冒公民、法人的知识产权的行为。

（二）侵害人身权的事实

侵害人身权的指对公民生命健康和其他人身权进行侵害的行为。凡非法侵害他人身体健康造成伤害或死亡的，即构成侵害身体健康权的损害事实。对于其他人身权来说，则因权利内容的不同各有不同。例如，未经本人同意而以营利为目的使用公民的肖像，即构成侵害肖像权的事实；对他人的人格尊严进行污辱、诽谤他人名誉，则构成侵害名誉权的事实。由于不同的人身权有不同的权利内容，因此法律对侵害生命健康权与侵害其他人身权的民事责任规定了不同的方式。这一点将在侵权的民事责任方式中专门论述。

二、侵害人行为的违法性

侵害人违反法律的行为，包括两种形式，即作为的违法行为和不作为的违法行为。

作为的违法行为是指法律禁止行为人实施某些行为，即行为人应当承担不实施这些行为的义务，而行为人却违反了法律的规定，实施了法律所不允许实施的行为。例如，法律规定国家、集体、个人的财产所有权受法律保护，任何组织和个人均不得非法侵害。这就意味着法律要求非所有权人对所有权人承担不作为的义务，禁止非法侵害国家、集体、个人的财产所有权。如果行为人非法侵害了他人的财产所有权，即构成违法行为。

不作为的违法行为是指法律规定某些从事特殊作业的人应当实施某些行为，如果行为人不实施这些法律规定的行为，就是不作为的违法行为。例如，按照有关法律规定，在公共场所道旁或者通道上挖坑、修缮安装地下设施等，应

当设置明显的标志和采取安全措施。如果施工人没有设置明显标志并采取安全措施造成了他人损害，即构成行为人不作为的违法行为。

侵害人行为的违法性是构成侵权民事责任的必要条件。但是，下列行为虽然造成了他人的损害，但法律规定行为人并不承担民事责任：

（一）正当防卫行为

正当防卫是指为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为。因正当防卫而造成损害的，防卫人不承担民事责任。

正当防卫是法律赋予的合法权利，是为制止不法侵害行为而采取的保护性措施。但是，正当防卫行为往往要给不法侵害人造成一定的损害，因此就不能滥用这种权利。正当防卫应当符合下列条件：

1.正当防卫行为只能对非法侵害实施，不能对合法行为实施。例如，对于公安人员执行公务的行为，如果实施某些不利于执行公务的行为，不仅不构成正当防卫，相反还要承担法律责任。

2.正当防卫行为只能对正在进行的非法侵害实施。如果是对已经实施终了非法侵害的人采取某些不必要的行为，如将已经实施完盗窃行为的人打伤，就可能构成侵权行为，而不是正当防卫。

3.正当防卫行为只能对侵害人本人实施。不能因为自己受到了侵害，就以“正当防卫”为名去对侵害人的亲属等进行侵害。在现代社会中，“同态复仇”的方式是不允许的。

4.正当防卫行为不能超过必要限度。所谓必要限度，应当以足以制止不法侵害为标准。如果超过了必要限度，造成

不应有的损害的，应当承担适当的民事责任，有时还可能由防卫人承担一定的刑事责任。

（二）紧急避险行为

紧急避险行为是指行为人为了使公共利益、本人或他人的人身和其他权利免受正在发生的危险，不得已而采取的致使他人损害的紧急措施。因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。实施紧急避险行为应当符合下列条件：

1.必须有客观的危险情况正在发生。如果危险情况已经过去，则不能采取紧急避险行为。

2.必须是没有其他的避免危险措施可以采取，因而只能采取损害他人利益的方式来免受正在发生的危险。如果能用不损害他人利益的方式免受正在发生的危险而采取了损害他人利益的方式，就是紧急避险采取措施不当。

3.紧急避险所损害的他人利益，必须小于正在发生的危险将要造成的损失。即是说，紧急避险是以牺牲较小利益的方式来保住较大的利益。如果牺牲了较大的利益而保住了较小的利益，就是紧急避险超过必要限度。

因避急避险采取措施不当或者超过必要限度，造成不应有的损害的，紧急避险人应当承担适当的民事责任，有的则可能还要承担刑事责任。

（三）职务行为

执行某种职责的人员为完成自己的职责而对公民、法人的财产和人身进行了一定的“损害”，不构成侵权责任。例如，医生对患者采取必要的手术，也会“损害”患者的身体中的某一部位，如截肢、胃切除等手术。

三、违法行为与损害事实之间必须存在因果关系

这一要件要求，损害事实这种结果的发生，必须是由于违法行为这一原因所导致的。行为人只应对自己的行为导致的后果承担法律责任，这是处理侵权责任问题时的一个重要原则。

在考察违法行为与损害事实之间的因果关系这一条件时，应当注意以下几个问题：

（一）因果关系必须是客观存在的，而不是主观臆想的，特别不能以两个事件在时间上的先后关系就认定前一个事件是原因，后一个事件是结果。必须抓住事物的本质，探求事物间的内在联系，找出客观的因果关系，才能够为正确处理案件提供正确的事实根据。例如，某婴儿出生后呼吸正常，无病态反映。出生后第三天，婴儿在保育室中由保育员照料。当晚，保育员在喂奶时，婴儿发生咳嗽。保育员将其抱起拍打，婴儿咳出一小块奶块，随后即产生呼吸急促，面色转为青紫，经抢救无效于次日凌晨死亡。婴儿死亡后，其家长认为孩子出生后正常，就是在护理员喂奶时呛着了，才导致死亡，因而要求医院承担民事责任。后经解剖尸体，发现该婴儿先天性心脏畸型，因心脏供血不足而导致死亡，与护理员的喂奶行为无关。这样，婴儿之死并不是由护理员的行为导致的，两者之间没有因果关系，所以不能由医院承担侵权的民事责任。

（二）要注意民法上的因果关系的特殊性，不能将其与哲学上的因果关系混为一谈。在哲学上，因果关系被描述为既确定又不确定的范畴。在世界错综复杂的普遍联系中，每一现象在一种联系中是原因，在另一种联系中则是结果。原因和结果形成了世界无限发展的链条。而在民法上，并不去探

求原因与结果的辩证关系，也不认为民法上的原因与结果可以成为无限发展的链条。民法在侵权责任中，只承认损害事实为结果，而加害行为是原因，两者之间应当存在着必然的联系。也就是说，只有那些与损害事实的发生有着必然联系的行为，才是损害事实的原因，行为人也才有可能承担民事责任。

（三）当损害事实是由两个以上的原因造成时，要注意分清主要原因和次要原因。这是划分责任人所应承担民事责任的重要保证。只有正确分清主要原因和次要原因，才有可能根据不同情况要求各个责任人承担应负的民事责任。

四、侵害人主观上要有过错

主观过错，是指侵害人在实施侵害行为时的主观意识状态。它包括故意和过失两种情况。

故意，是指行为人明知自己的行为可能产生损害后果，却希望并积极促使这种后果的到来；或者是采取放任的态度造成了这种后果的发生，前者称为直接故意，后果称为间接故意。

过失，在法律理论上分为两类；一类称为过于自信的过失，即行为人明知自己的行为可能导致损害结果的发生，但轻信依靠自己的经验和能力能够避免这种损害的发生，结果发生了这一损害．例如，某司机驾驶汽车，见到前边有一小孩正要过人行横道，他认为，等车开到小孩会穿过人行横道，不料小孩因见汽车开来吓得不知所措，呆立在路中，结果因汽车刹车不及将小孩撞伤。该司机在这起事故中的主观状态，就是过于自信的过失。

过失的第二类称为疏忽大意的过失，即行为人应当预见到自己的行为可能导致危害后果的发生，但因疏忽大意而未

能预见到，结果发生了这种危害后果。例如，某施工队在繁华区马路边的建筑上进行加固施工，为作业之需要搭设施工脚手架。时值冬季，当地经常刮五、六级风，施工队本应预见到脚手架可能会因刮风而有物料落下，但因工作疏忽而未能预见，因而也未采取有效措施对脚手架进行加固。结果，当一行人从路边走过时，脚手架上一根木料因风刮松动而掉下来，砸在该行人身上，造成腰椎粉碎性骨折。对这起致人伤害事故，施工队的过错，就属于疏忽大意的过失。

在确定行为人是否有疏忽大意的过失时，关键问题在于确定行为人是否能够预见到危害后果的发生。如果对某种危害的发生是行为人所不能预见的，也就不能确认行为人有过错。对此，应当根据具体的客观情况来加以确认。例如，同样是一个物体，对成年人不会造成任何危险，但对未成年人特别是幼儿可能是十分危险的。那么，如果经常有未成年人在该物体周围活动，则该物体的所有人或管理人就应预见到该物体可能要危及儿童的安全，从而应采取必要的安全措施。如果物体所有人或管理人未能预见到这种危险，也未采取任何安全措施，结果造成物体倒塌压伤儿童事件，则所有人或管理人即为疏忽大意的过失，因为他本应预见到未成年人在其物体周围活动时可能会发生危险。相反，如果该物体处在某施工工地内部，施工队采取措施将工地围起来，并安排守卫人员负责阻止任何非施工人员入内。一儿童因好奇而钻过防护围拦进入施工工地后被该物体压伤。对于这一事故，就不能认为施工队有疏忽大意的过失，因为在施工现场内，不能要求施工队应当预见到儿童会进入这里从而导致危险的发生。总之，过错是构成侵权民事责任的一个必要条件，而疏忽大意的过失又不可能有一个十分确定的标准，因

此，必须认真考察损害发生时的具体情况，才能确定行为人是否应当预见到损害结果的发生。如果行为人在当时的情况下不应当对损害结果发生有所预见，就不存在行为人的过错问题。对此，除非有法律作出特别的规定，否则行为人是不承担民事责任的。

对于行为人的过错，在实践中应当对下列几个问题加以注意：

（一）混合过错，即对于侵害结果的发生，受害人也有过错。发生混合过错时，可以减轻侵害人的民事责任。

（二）受害人过错，即对于侵害结果的发生，加害人并无过错；而是由于受害人自己的过错造成的。发生受害人过错时，加害人一般不承担民事责任。即使是法律规定无过错也要承担民事责任的情况，也可以减轻责任人所应承担的民事责任；如果是受害人故意造成了自己的伤害，则完全应由受害人自己对损害后果承担责任。

（三）共同过错，即二人以上共同故意或过失致人损害的情况。对于共同过错，民法通则第一百三十条规定：“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”

共同过错的重要特征，在于两个以上的加害人在主观上有共同的故意或过失，即共同的过错。如果没有共同的过错，则虽然对于同一损害结果有两个以上的侵害人，也不能适用关于共同过错的法律规定，应当按照侵害人各自过错的大小及各个原因对侵害后果所产生影响来确定各侵害人的民事责任。但是，教唆他人实施侵权行为的，则应区别不同情况分别处理：凡教唆完全民事行为能力人实施侵权行为的，教唆人与侵权人在主观上应认为有共同过错，承担连带责任；凡

教唆限制民事行为能力人实施侵权行为的，不适用关于共同过错的法律规定，而应由教唆人承担主要的民事责任，行为人适当承担民事责任；凡教唆无民事行为能力人实施侵权行为的，所产生的民事责任则完全由教唆人承担。

上述四个要件，在一般的侵权行为案件中，必须全部具备。缺少任何一个要件都不能构成加害人的侵权民事责任。

第二节　特殊的侵权民事责任

为了有效地保护民事主体的合法权益，除了对一般的侵权责任应考虑上述四个要件外，法律还针对某些特殊的情况所产生的侵权问题作了专门的规定。对于这些特殊情况所产生的侵权问题，有的不要求必须具备四个要件，有的是法律推定已经具备了四个要件，这就构成了特殊的侵权民事责任。

一、行政侵权责任

行政侵权责任是指国家机关或者国家机关工作人员在执行职务中，侵害公民、法人的合法权益造成损害时，所应承担的民事责任。

无论是国家机关以发布政策、规定的形式，还是国家机关工作人员执行职务的形式，只要侵害了公民、法人的合法民事权益，就是行政侵权的行为，都要由国家机关承担责任。特别是后一种情况，虽然行为是由工作人员作出的，但由于是执行职务的行为，因而是代表国家机关所实施的行为，所以应由国家机关承担因此行为而产生的侵权民事责任。这是区别行政责任和一般侵权责任的重要标志。只有当国家公务人员是在代表国家行使职权时，所产生的侵害公民、法人合法权益的责任才能由国家机关承担。如果国家公

务人员不是在执行国家公务，而是在进行一般活动时侵害公民、法人的合法权益，则不构成行政侵权，责任应由侵害人自己承担。

但有种情况例外：对于侵害的发生，国家公务人员在主观上有过错。凡公务人员凭借手中掌握的国家公共权力，故意侵害公民、法人合法权益的，所产生的侵害后果不能由国家机关承担责任，而应由作出该行为的公务人员承担责任。这是因为，当一个公务人员故意侵害公民、法人的合法权益时，如公务人员依仗自己的特殊身份故意欧打他人，其行为就不属于国家机关的行为，而已经属于行为人的违法行为了。对于不属于行使公共权力所造成的损害，国家机关当然不应承担责任，而应当按照一般的侵权行为追究行为人的民事责任。

二、产品质量责任

产品质量责任是指因产品质量不合格而造成他人财产、人身损害时，产品的制造者和销售者所承担的民事责任。

产品质量责任具有如下特点：

（一）造成他人财产、人身损害的原因，是产品的质量不合格。法律规定产品责任的目的，在于保护消费者的合法权益，促使产品的制造者、销售者向社会提供符合质量要求的产品，如果不能提供合格产品，就应对由此所产生的后果承担民事责任。

至于何种产品为质量不合格的产品，理论界有不同的解释。一般来讲，只要用户按照产品所指明的方法使用该产品，或者在没有指明使用方法时按照通常的方法使用该产品，而因该产品的原因造成了使用者或他人的财产、人身损害的，就应当认为是产品质量不合格。例如，某甲在元旦之

夜燃放烟花，按照烟花包装上所指明的方法燃放，但烟花却在手持处炸开，将甲手部炸伤，这就构成了产品质量的不合格。又如，某甲从商店买到一新暖水瓶，即按通常的使用惯例去打开水，结果在锅炉中接水时暖水瓶爆炸，将甲烫伤。对此，应认为暖水瓶的质量不合格，因为消费者按照通常的使用方法使用暖水瓶而受到了伤害。

（二）产品质量责任的承担者，包括产品的制造者和销售者。法律作出这种规定，也是从维护消费者利益，便利消费者提出请求权来考虑的。一旦出现因产品质量问题造成了消费者（也包括不是消费者的其他人）的财产、人身损害，受害人就产生了选择的请求权，他既可以要求产品的制造者承担责任，也可以要求产品的销售者承担责任。选择两者之中谁作为责任承担者，完全由受害人根据自己的实际情况与可能而决定。当然，这种选择权只能是以产品制造者或销售者中的一个承担责任为原则。受害人不能在产品制造者或销售者之一承担了责任之后，还要求另外一个承担责任。

（三）产品质量责任的承担，不考虑责任人在主观上是否有过错。对于产品质量责任的产生，可能产品的制造者或销售者有过错，但也可能并无过错。而法律并不对此加以考虑，主观过错不是产品质量责任的必要条件。只要因产品质量不合格造成了他人财产、人身的损失，产品的制造者和销售者就应当承担民事责任。无过错责任人在承担了产品质量责任后，有权向对产品质量责任有过错的人行使追偿权。例如，民法通则第一百二十二条就规定，产品的运输者、仓储者对产品质量不合格造成他人财产、人身损害负有责任的，产品制造者、销售者有权要求赔偿损失。至于因产品制造时即不合格，但因此而受到损害的人要求销售者承担责任后，产品的

销售者则有权要求产品制造者承担相应责任。

三、高度危险责任

高度危险责任是指从事高空、高压、易燃、易爆、剧毒、放射性、高速运输工具等对周围环境有高度危险的作业时，作业人所应承担的民事责任。

高度危险的民事责任，主要包括两种形式，一种是因高度危险作业而造成他人损害的，作业人应当承担赔偿损失的民事责任；另一种是从事高度危险作业，没有按有关规定采取必要的安全防护措施，严重威胁他人人身、财产安全的，如果他人提出请求，作业人应当承担消除危险的民事责任。

高度危险责任的承担，实行无过错责任原则，即只要是因高度危险作业造成他人损害的，作业人就应承担民事责任，而不问作业人主观上是否有过错存在。但是，如果是受害人自己故意在高度危险的作业环境造成损害，如利用高度危险作业而自杀、自伤等，作业人则不承担赔偿损失的责任。因为这种自杀、自伤并不属于高度危险的作业人所应保证的公共安全的范围。

四、污染环境责任

污染环境责任是指违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害时，污染人所应承担的民事责任。民法通则第一百二十四条规定："违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害的，应当依法承担民事责任。"

对于污染环境责任，应当注意下列几个问题：

（一）污染环境具有特定的法律含义。依照我国环境保护法的规定，环境是指：大气、水、土地、矿藏、森林、草原、野生动物、野生植物、水生生物、名胜古迹、风景游览区、温泉疗养区、自然保护区和生活居民区等。污染环境则

是指下列行为：

1．违反限制排放有害气体和防止大气污染的规定的行为；

2．违反限制排放废水、废渣和防止污染水体规定的行为；

3．违反控制噪声和震动规定的行为；

4．违反防治污染土地和农作物规定的行为；

5．违反防止有毒气体及劳动环境保护的行为；

6．违反防止有毒化学品、放射性物质、电磁波、辐射等污染规定的行为。

（二）污染环境的个人或组织在承担了行政责任之后，如果因污染环境而造成了他人损害，还应承担民事责任。一般来说，对于污染环境的个人和组织，要由国家环境保护部门给予一定的行政制裁，如责令停产采取防污染措施、罚款等。这些制裁都是行政责任。承担行政责任并不能免除民事责任。因此，如果因环境污染而受到损害的人要求污染人赔偿损失，污染人即应承担这一民事责任。

（三）应注意法律对污染环境的免责规定。如按照海洋环境保护法的规定，凡发生战争行为，不可抗拒的自然灾害等情况，污染海洋环境造成损害者可免除赔偿责任；水污染防治法也规定，由于不可抗拒的自然灾害，并及时采取了合理措施，仍然不能避免造成水污损失的，可免除承担赔偿责任。另外，如果污染是由第三方故意或者过失所引起的，则免除排污人的赔偿责任，而由第三方承担赔偿责任；污染是由受害者自身过错引起的，则排污单位不承担赔偿责任。

五、建筑物、坠落物致人损害的民事责任

建筑物、坠落物致人损害的民事责任，是指对于损害的

发生，如果责任人不能证明自己没有过错，法律就推定其有过错，因而要承担民事责任。民法通则第一百二十六条规定："建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落造成他人损害的，它的所有人或者管理人应当承担民事责任，但能够证明自己没有过错的除外。"

这种民事责任的重要特点在于，侵害人要承担举证责任，如果不能举出证据说明自己无过错，就要承担民事责任。

根据民法通则的规定，这种过错责任主要发生在下列三种情况之中：

（一）因建筑物或其他设施倒塌而产生的推定过错责任

有些建筑物或其他设施达到一定年限会因老化而成为危险建筑，建筑施工不符合质量标准也可能形成危险建筑。对此，法律要求建筑物或其他设施的所有人或管理人（如同有房屋的管理人——房管局等）有义务保证建筑物或其他设施对他人不构成危险，如及时拆除危险建筑或采取有效措施进行加固等。否则，一旦建筑物或其他设施发生倒塌而致人损害，则所有人或管理人即应当承担民事责任。当然，如果能够证明自己并无过错，则所有人或管理人就不承担民事责任。例如，某房管局管理的一幢楼房的一个阳台突然塌下，致使房客某甲摔伤。甲向人民法院起诉，要求房管局赔偿他因身体受到伤害而引起的损失1,000元。后查明，该楼房符合质量标准，阳台塌下是由于甲将阳台封闭加窗后改为储藏室，并放置了1,000公斤煤和各种杂物，使阳台无法承担如此重量而造成的，过错在于甲自己，因此房管局对这一事件不承担民事责任。

（二）因建筑物上的搁置物坠落而产生的推定过错责任

随着高层建筑的发展，这类情况时有发生。由于物理上的原因，从建筑物上坠落下来的很小物体，也可能造成严重的伤害事件。因此，法律规定建筑物上的搁置物坠落致人损害实行推定过错责任，实际上就是从另一个角度加重了搁置物的所有人或管理人的注意义务。他们有义务保证自己在建筑物上的搁置物不对他人造成危险，并有义务对这些搁置物采取必要的防护措施，防止搁置物坠落。否则，一旦发生搁置物致人损害，其所有人或管理人就应承担民事责任。例如，某甲放在10层楼阳台上的花盆掉到楼下后，将某乙砸伤，经医治伤愈后共支付各种必要费用500元。乙要求甲负赔偿责任。甲称花盆坠落是风刮下去的，与自己无关，不应承担赔偿责任。双方争执不下，诉至法院。经查，当时并无特别强烈的风，而甲所放置的花盆只用一根细绳绑在阳台的栏杆上，时间久了绳子已不起作用，致使花盆坠落，说明甲所采取的措施不力，不足以保证花盆在正常情况下不坠落伤人，因此是有过错的。据此，人民法院判决甲对乙的损失承担赔偿责任。

（三）悬挂物脱落造成他人损害时的推定过错责任

悬挂物是指在建筑物或其他设施上悬挂的标志牌、广告牌、霓虹灯等物品。这些物品往往悬挂在公共道路上或者繁华街道两旁，一旦脱落，很容易给路上行人造成危险。因此，法律也要求悬挂物的所有人或管理人对悬挂物的牢固性给予特别的注意。如果不能证明自己对悬挂物的脱落没有过错，因脱落给他人造成的损害，就应由悬挂物的所有人或管理人承担民事责任。

六、动物致人损害责任

动物致人损害是指饲养的动物伤人后所产生的民事责

任。按照民法通则第一百二十七条的规定，对于饲养的动物造成他人损害的，应区别下列不同情况进行处理：

（一）由受害人的过错造成的损害

如果饲养的动物伤人是由于受害人自己的过错造成的，则责任自负，动物的饲养人或管理人不承担民事责任。例如，某甲见到某乙牵着一匹马在路上走，即走过去恶作剧用小棍戳马，马用后蹄将甲踢伤。对此，乙就不负民事责任，因为被马踢伤是由甲自己的过错所导致的。

（二）由第三人的过错引起的损害

如果饲养的动物是由第三人的过错引起的，则由第三人承担民事责任。例如，某甲家养有一条狗，因怕它咬人，将其栓在院里树上。一天，乙到甲家串门，将栓狗的铁链解开，结果使狗将一过路小孩扑倒摔伤。对此，就应由乙对小孩所受伤害承担民事责任。

（三）他人无过错引起的损害

受害人、第三人对饲养动物致人损害均无过错的，应由动物的饲养人或管理人承担民事责任。在这种情况，法律并不考虑动物的饲养人或管理人对动物致人损害有无过错，只要不存在前述的第一、第二两种情况，就一律由饲养人或管理人承担民事责任。

七、无民事行为能力人、限制民事行为能力人致人损害的民事责任

民法通则第一百三十五条规定，无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，应当由其监护人承担民事责任。但是，监护人尽了监护责任的，则可以减轻监护人的民事责任。

按照民法通则关于监护人的规定精神，有时同一个无

民事行为能力人或者限制民事行为能力人可能会有两个以上的监护人。这时，应当首先由与被监护人共同生活的监护人承担责任。例如，夫妻离婚后，与子女共同生活的一方负主要监护责任。子女侵害他人权益，一般应由负主要监护责任的一方承担民事责任。如其已尽到监护责任，或独立承担民事责任确有困难的，则可由未与子女共同生活的一方共同承担民事责任。同样，其他情况的无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害，受害人要求赔偿的，也应首先要求与被监护人共同生活的监护人承担责任；如果与被监护人共同生活的监护人独立承担民事责任有困难的，则应由其他监护人酌情承担民事责任。当无民事行为能力人、限制民事行为能力人有个人财产时，民法通则规定造成他人损害的，从本人财产中支付赔偿费用，以其财产不足以支付赔偿费用的，不足部分由其监护人适当赔偿。但是，这一赔偿的补充责任的承担，只限于由公民担任监护人的情况，如果是单位作为监护人的，如居民委员会、村民委员会、被监护人所在单位、民政部门等作为监护人的，根据民法通则第一百三十三条的规定，即使被监护人的财产不足以支付赔偿费用，监护人（单位）也不承担补充的赔偿责任。

八、公平责任

公平责任是指对于损害的发生，当事人双方均无过错时所产生的责任问题。按照民法通则第一百三十二条的规定，当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。例如，某公路上的下水井盖一天被人偷走，公路管理部门尚未发觉，当晚某甲骑车走过此路，在水井口被摔伤。对此，公路管理部门和甲均无过错。但如果治伤费用较多，又找不到偷走井盖的人，就可以考虑适用公平责

任，由公路管理部门和甲分担医疗费用。待以后发现小偷后，公路管理部门和甲还有权按自己承担责任的比例要求小偷承担民事赔偿责任。

九、法人成员致人损害的责任

法人成员致人损害的责任，是指法人的法定代表人或其他工作人员在以法人的名义从事业务活动时，因侵害国家、集体、他人的合法权益而产生的民事责任。这一类民事责任虽然侵害是由法定代表人或工作人员造成的，但责任则由法人承担。

在考虑法人成员致人损害的责任时，应当把法人成员以法人的名义从事法人的业务活动与法人成员以自己的名义从事个人活动区别开来，前者所产生的侵权民事责任由法人承担，而后者所产生的侵权民事责任则由行为人个人承担。例如某司机下班后私自驾驶单位汽车为自己的亲属办私事，因违章开车将一行人撞伤，由此而产生的民事责任，就不能由司机所属的单位承担，而应由司机个人承担。因为司机虽然是该单位的工作人员，但他并不是在执行法人业务时致人损害，所以应当责任自负。

十、准侵权责任

准侵权责任是指公民因防止、制止国家的、集体的财产或者他人的财产、人身遭受损害而使自己受到损害时，除可以要求侵害人承担民事责任外，受益人也应适当承担相应的补偿责任。一般来说，如果有侵害人并且侵害人能够承担全部赔偿责任时，受益人可以不承担补偿责任。但如果没有侵害人，或者是虽然有侵害人但其无力赔偿或全部赔偿时，受害人就有权要求受益人承担适当补偿的责任，受益人补偿的数额，应根据受益人受保护权益的大小及其经济状况等，综合加以

考虑。由于受益人并不是侵权人，但他又对受害人的损失承担了一定的补偿责任，因而称为准侵权责任。

第三节 侵权的民事责任方式

民法通则第一百一十七——一百二十条规定了对于侵害财产权、知识产权、生命健康权及其他人身权时所应承担的民事责任方式。由于侵害财产权和知识产权的民事责任方式在所有权的保护和知识产权的保护中论述，因此本节只对侵害生命健康权和其他人身权的民事责任方式加以论述。

一、侵害生命健康权的民事责任方式

侵害公民生命健康权的民事责任方式，主要是赔偿损失。按照民法通则第一百一十九条的规定，侵害公民生命健康权的赔偿责任，应包括下列范围：

(一)医疗费，即受害人为治疗由于加害人的行为所导致的伤痛所需要的医药治疗费用。赔偿医疗费，一般应以当地治疗医院的诊断证明和医药费的单据为凭证；没有转院证明或应当经医务部门批准而未获批准擅自另找医院治疗，以及擅自购买药品或者治疗与损害无关的疾病的，其费用不予赔偿。

(二)因误工减少的收入

受害人的误工日期，应按治疗医院出具的证明或法医鉴定，并参照实际损害程度、恢复状况等来确定。赔偿费用的标准，可按受害人工资或实际收入的数额计算。如果受害人有固定的奖金，也应包括在赔偿范围之内。

如果受害人是农村承包经营户或者个体工商户的，其误工减少收入的计算标准，可以考虑参照受害人一定时期内（如半年内）的平均收入来酌情确定。如果受害人承包经营

的种植、养殖业季节性很强，不及时经营会造成更大损失的，受害人应采取措施防止损失的扩大，否则不能就扩大的损失部分要求赔偿。如果受害人无力采取措施，经受害人或有关人员请求，人民法院在审理这类案件时，可责令侵害人采取措施防止扩大损失。

（三）残疾者生活补助费

如果因侵害人的行为而使受害人形成残疾的，应视致残的状况，由侵害人支付残疾人必要的生活补助费用。其补助标准，一般不应低于当地居民基本生活费的标准。当然，这并不是说无论何种情况的残疾都要照此标准全部支付。而是说应依此标准来确定受害人因致残而减少了多少收入，然后再由侵害人按此减少的收入给予赔偿。

如果因残疾而使受害人必须配戴假肢或乘坐轮椅的，则制作假肢和购置轮椅的费用也应由加害人承担。

（四）丧葬费和死者生前扶养的人必要的生活费

如果侵害公民身体造成死亡的，侵害人还应负责赔偿死者的丧葬费和死者生前扶养的人必要的生活费。

这里所说的死者生前扶养的人，包括死者的未成年子女和死者生前实际负有扶养义务而又没有其他生活来源的近亲属。赔偿生活费的数额，视其实际情况来确定，一般应以保证不低于死者生前所能承担的扶养标准为原则。

（五）其他费用

为治疗伤害所支出的其他必要费用，如护理费、交通费、住宿费等，也应由侵害人承担赔偿责任。

护理费的赔偿，应只限于经医院批准专事护理的人因误工而减少的收入。其计算标准可按收入的实际损失计算，固定的奖金一般可以计为收入予以赔偿。如果护理人没有工资

收入，护理费的赔偿标准可以考虑按当地的实际情况使用一个临时工的工资为限。

交通费和住宿费，应限于需送受害人到医院抢救或必须立即转院治疗而支出的交通费和住宿费。超出这一范围则应由受害人自负。

二、侵害其他人身权的民事责任方式

按照民法通则第一百二十条的规定，公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。

法人的名称权、名誉权、荣誉权受到侵害的，也适用上述规定。

在考虑侵害上述人身权的民事责任方式时，应当注意以下几个问题：

（一）对于这些人身权的侵害，往往不会引起直接的财产损失。但是，决不能因此就忽视对这些权利的保护。财产关系固然重要，但对于公民来说，人身关系往往要比财产关系还重要。许多人格方面的权利不是用金钱能够买到的。中国自古就有"士可杀而不可辱"的说法，对于现代社会来说，尊重人格、充分保护人身权利，就更具有了十分重要的意义。

（二）侵害这些人身权，即使没有造成财产损失，受害人也有权要求侵害人赔偿损失。公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权和法人的名称权、名誉权受到侵害的，如果造成了财产损失，当然应当按照实际的损失由侵害人承担赔偿责任。但是，为了充分保护公民、法人的人身权，即使在人身权受到侵害时没有造成财产损失，受害人仍然有权要求赔偿。也就是说，对于精神损害，受害人也可以要求物质

上的赔偿。这种民事责任的方式可以起到如下作用：

1．对于受害人因精神上受到的侵害而引起的痛苦，起到慰抚的作用。精神上的损害，本身是无法用金钱加以衡量的。因此，实际上对于精神损害的赔偿损失，更确切地应当称为慰抚金，旨在慰抚受害人，减轻其精神上的痛苦。当然，如果受害人因精神损害而影响健康乃至患病时，赔偿损失也就不仅仅是慰抚性的，而同时也具有补偿性了。

2．对于加害人来说，对精神侵害承担赔偿损失的民事责任，实际上具有了一定的惩罚性。因此，通过这种民事责任方式，可以教育公民尊重他人人格，提高整个社会的精神文明水平。

（三）在侵害其他人身权的民事责任方式中，应坚持以精神慰抚、消除影响为主，以物质赔偿为辅的原则。也就是说，用停止侵害、消除影响、赔礼道歉的方式达到慰抚受害人，消除恶劣影响的，就可以不再采取赔偿损失的责任方式。只有当用其他方式不足以起到上述作用或者确因精神损害造成了受害人的物质损失的，才可以考虑同时适用赔偿损失的民事责任方式。同时，还应当注意，即使是要求赔偿损失，也不能漫天要价，提出不合理的要求。至于侵害他人的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权而获利的情况，则可以采取将与侵权行为有关的盈利作为非法所得予以收缴的办法，不使侵害人因此而获利，以达到对侵害人的制裁目的。

（四）公民的肖像权、名誉权这些与其人格密切相关的权利，由公民永久享有。如果在公民死后，其肖像权、名誉权受到侵害，在客观上造成了不良影响的，死者的配偶、子女、父母均有权请求人民法院责令侵害人承担民事责任。

三、承担赔偿损失民事责任方式时所应遵循的原则

在适用赔偿损失的民事责任方式时，应遵循下列原则：

（一）实际赔偿的原则。也就是说，赔偿损失应以补偿受害人因此所受到的实际损失为原则。所谓实际损失，即包括受害人因侵害而受到的现有财产的损坏或减少，也包括因财产或人身受到侵害而支出的费用，还包括丧失的可得利益。例如，因身体受到伤害的，受害人就有权要求加害人赔偿误工工资，这就是丧失的可得利益。对于可得利益的赔偿范围，一般应有法律的明确规定，不能由当事人任意确定。

（二）考虑责任人经济状况的原则。在实践中，侵权行为特别是侵犯财产权和生命健康权所造成的损失，有时往往会很大。这时，要求侵害人承担赔偿损失的责任就应考虑到侵害人的实际状况。一般来说，如果侵害人经济状况确实不好，全部赔偿就会超过他的经济承受能力，可以考虑适当减轻侵害人所承担的赔偿责任。

适用这一原则时必须注意，该原则只能在侵害人全部赔偿确实有困难的前提下才能适用。不能以侵害人经济条件不如受害人为由来减轻侵害人赔偿损失的责任。只要侵害人有条件承担而且受害人也提出了这一要求，就应由侵害人承担全部赔偿的责任。

第十八章　诉　讼　时　效

第一节　诉讼时效概述

一、诉讼时效的概念

诉讼时效是指权利人通过诉讼程序请求人民法院依强制程序保护其合法权益的法定有效期间。

在诉讼时效期间内，权利人如果因自己的合法权利受到侵害或是因义务人不履行义务而向人民法院提起诉讼，人民法院即应对其权利进行保护，责令侵害人或不履行义务的人承担民事责任。如果侵害人或不履行义务的人拒不承担民事责任，则权利人有权请求人民法院强制执行，通过司法程序保证其权利的实现，从而保护自己的合法权益。但是，如果超过了诉讼时效，则人民法院不再保护其权利，也不再依强制程序责令侵害人或不履行义务的人承担民事责任。例如，法律规定身体受到伤害要求赔偿的诉讼时效期间为一年，受害人即应在受到伤害后一年内要求加害人赔偿损失。如果没有法律规定的可以中止或延长诉讼时效期间的原因发生，加害人又未作出给予赔偿的表示，而受害人既不向加害人提出赔偿的要求，也不向人民法院提起诉讼超过一年的诉讼时效期间的，那么即使受害人再向人再民法院起诉，也无法得到司法保护，人民法院将不再强制加害人承担赔偿损失的民事责任。

在民事法律中规定诉讼时效制度，可以促使权利人及时行使权利，稳定某些已经过较长时间而形成的社会关系；同时也为人民法院顺利收集证据，及时解决纠纷创造了一定的便利条件。

二、诉讼时效期满后的法律后果

诉讼时效期间届满，产生如下法律后果：

（一）侵害人可以不承担侵权责任，债务人可以不履行债务。本来，侵害他人权利和不履行债务都是应当承担民事责任的，但诉讼时效期间届满后，侵害人和债务人就可以不承担任何民事责任了。

（二）人民法院不再对侵害人和债务人作出裁决，强制

他们履行义务和承担民事责任。在诉讼时效期内，如果侵害人拒不承担民事义务，债务人拒不履行债务，受害人和债权人如果向人民法院提起诉讼，则人民法院即应裁决责令侵害人承担民事责任，债务人履行债务并承担民事责任。而如果超过了诉讼时效期间，虽然权利人仍然可以提起诉讼，但人民法院一般就不予保护。这样，虽然权利人还有诉讼程序上的起诉权，但通过司法程序得到保护的胜诉权已经丧失，其权利实际上已经无法实现。

（三）诉讼时效期满后侵害人自愿承担民事责任、债务人自愿履行债务的，不受诉讼时效的限制。诉讼时效期满，权利人只是丧失了获得司法保护的权利，但侵权人所应承担的责任和债务人所应承担的债务仍然存在。在这个意义上，由于传统民法将侵权的民事责任也认为是债的一种，所以把超过诉讼时效期间的侵权责任及债务统称为"自然债务"，以说明这种责任和义务并未消灭。

侵害人自愿承担民事责任、债务人自愿履行债务后，不得以超过诉讼时效为理由而要求受害人、债权人返还。例如，甲企业向乙企业出售一批医疗器械，乙收货后一直不支付货款，而甲由于核算制度不健全和经办人的变更，在诉讼时效期间内未主张权利。而乙在诉讼时效期满后，又自愿支付了这笔货款。对此，乙就不能以诉讼时效期满为由而要求甲返还货款。这是因为，虽然已过诉讼时效，但"自然债务"仍然存在，乙既然自愿履行了债务，就不能再以不知诉讼时效期满为由而要求返还。

（四）主债的诉讼时效期满后，相应的从债也因此而诉讼时效期满。例如，在甲与乙的借款合同中，丙是担保人。如果乙到期不偿还借款，甲既不向乙提出还款要求，又不要

求丙承担连带责任，也不向人民法院提出诉讼，超过诉讼时效后，乙因此而可以不履行偿还借款的义务；同时，做为从债务人的担保人也因主债的诉讼时效期间届满而可以不再承担担保责任。

第二节　诉讼时效的种类

一、一般诉讼时效和特殊诉讼时效

按照规定诉讼时效的法律的不同，可将诉讼时效分为一般诉讼时效和特殊诉讼时效。凡在民事基本法——民法通则中规定的诉讼时效，为一般诉讼时效；而由其他法律规定的诉讼时效，则为特殊诉讼时效。

这种分类的意义在于，如果法律对某种情况规定了特殊诉讼时效时，就不再适用民法通则中一般诉讼时效的规定，实行“特殊优于一般”的原则。例如，民法通则第一百三十五条规定在一般情况下，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，这就是一般诉讼时效。而涉外经济合同法规定，涉外货物买卖合同争议的诉讼时效期间为4年，这就是特殊诉讼时效。当事人因涉外货物买卖合同而发生争议时所适用的诉讼时效期间，即应以4年的特殊诉讼时效计算。

二、普通诉讼时效、短期诉讼时效和最长诉讼时效

在民法通则中，规定了三种不同期间的诉讼时效。按照时效期间的长短不同，可以将民法通则中的一般诉讼时效分为普通诉讼时效、短期诉讼时效和最长诉讼时效。

（一）普通诉讼时效

民法通则第一百三十五条规定：“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年”。这2年的诉讼时效期间即为普

通诉讼时效。在一般情况下，如果其他法律没有特殊规定，民法通则也无专门规定，则诉讼时效期间为2年。

（二）短期诉讼时效

为了使某些特定情况下的债权人尽快行使请求权，民法通则又规定了下列四种诉讼时效期间为1年的短期诉讼时效，即：

1、身体受到伤害要求赔偿的；

2、出售质量不合格的商品未声明的；

3、延付或者拒付租金的；

4、寄存财物被丢失或者损毁的。

（三）最长诉讼时效

前述的特殊诉讼时效以及一般诉讼时效中的普通诉讼时效和短期诉讼时效，均从权利人知道或者应当知道权利受侵害时起计算，因此法律规定的期间都比较短。但是，如果权利在侵害发生很长时间以后才知道自己的权利受到了侵害，就可能会出现与规定诉讼时效的立法意图相反的效果。例如，法律规定普通诉讼时效为2年，但权利人是在某权利受侵害后40年才知道，那么实际的期间就成了40年，这样显然与诉讼时效的立法意图不符。因此，民法通则又规定了最长诉讼时效，即自权利被侵害之日起超过20年的，人民法院就不再给予保护了。也就是说，如果自权利被侵害之日起20年内权利人都不知道其权利受到了侵害，那么超过20年后即使权利人知道了自己权利受到侵害，也不能通过司法程序来保护自己的权利并要求侵害人承担民事责任了。

第三节　诉讼时效的开始、中止、中断和延长

一、诉讼时效的开始

民法通则第一百三十七条规定，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道权利被侵害时起计算。对此，应特别注意这里所说的诉讼时效的开始，仅指特殊诉讼时效和一般诉讼时效中的普通诉讼时效和短期诉讼时效的开始；而最长诉讼时效的开始，则是从权利受侵害之日起开始计算。

诉讼时效的开始时间，即权利人知道或者应当知道权利被侵害的时间，因法律关系的不同也有所不同：

（一）有履行期限的债权，从履行期限到来之时起诉讼时效开始计算；

（二）无履行期限的债权，从债权人要求债务人清偿并且债务经过必要的准备时间后仍不履行之时起诉讼时效开始计算；

（三）侵害财产权利的诉讼时效，从权利人知道或应当知道其权利受侵害之时起计算；

（四）侵害人身权利的诉讼时效，应区别不同情况对待：侵害生命健康权伤害明显的，诉讼时效从受伤害时起计算；伤害时未曾发现，后经检查确诊并能证明是由侵害引起的，则诉讼时效从伤势确诊时起计算。

侵害其他人身权的，诉讼时效从权利人知道或应当知道其权利受侵害之日起计算。

二、诉讼时效的中止

诉讼时效的中止是指在诉讼时效期间的最后6个月内，

由不可抗力或者其他障碍不能行使请求权，从而使诉讼时效暂时停止计算。

诉讼时效的中止有如下法律特征：

（一）中止发生的时间，应当在诉讼时效期间的最后6月。如果是在诉讼时效期间的最后6个月之前发生了引起中止的原因，诉讼时效并不中止，而要等到诉讼时效期间的最后6个月才中止。

（二）引起中止的原因，包括不可抗力和其他障碍。所谓不可抗力，是指权利人不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。而所谓其他障碍，则是指虽然不属不可抗力，但确使权利人不能行使请求权的客观原因。如权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权，或者法定代理人本人丧失民事行为能力以及虽然知道自己的权利受到侵害但尚不知道具体侵害人（如财产被偷盗，牲畜被人毒死但不知谁是加害人）等情况，即可认定为因其他障碍不能行使请求权，从而使诉讼时效中止。

（三）自中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。诉讼时效中止原因消除后继续计算时，如果所剩时间不足6个月的是否应补足6个月，民法通则中未作规定。但从理论上讲，既然法律规定诉讼时效中止的意图在于保证权利人有充分的时间行使自己的请求权，那么诉讼时效继续计算时不足6个月的，就应当补足6个月，否则将可能使中止起不到保护权利人行使请求权的作用。例如，某甲在诉讼时效期间的最后3天因公出国，诉讼时效中止，而当他回国后诉讼时效继续计算时，已经只剩下3天了，在这么短的时间内，如果不是一个法律工作者的话，往往是很难正确行使其

请求权的。这时，如果为其补足6个月的诉讼时效期间，则会有利于保证他行使请求权，得到法律的保护。

三、诉讼时效的中断

诉讼时效的中断，是指因权利人提起诉讼、权利人提出请求以及义务人同意履行义务时，诉讼时效不再计算。自中断时起，诉讼时效期间重新计算。

诉讼时效的中断具有如下法律特征：

（一）中断可以在诉讼时效期间的任何时间。这一点，中断不同于中止，中止是只能发生在诉讼时效期间的最后6个月。

（二）引起中断的原因，包括三种情况，即权利人向人民法院提起诉讼、权利人提出要求以及义务人同意履行义务。

权利人提出要求，不仅指对义务人提出，权利人向债务保证人、对方代理人或财产代管人主张权利的，也应认为是提出要求，从而使诉讼时效中断。

（三）诉讼时效中断后，原来已经进行的时间不再计算，而从中断时起，重新计算诉讼时效期间。

诉讼时效的中断没有次数的限制。如果诉讼时效因权利人提出要求或义务人同意履行而中断后，权利人在新的诉讼时效期间内，再次提出要求或义务人再次同意履行的，诉讼时效再次中断。

四、诉讼时效的延长

诉讼时效的延长，是指因某些特殊情况而使权利人在法定的诉讼时效期间内不能行使请求权的，人民法院为了充分保护其合法权利，予以延长诉讼时效。

按照民法通则第一百三十七条的规定精神，诉讼时效的

延长只能适用于20年的最长诉讼时效，而对于2年的普通诉讼时效和1年的短期诉讼时效，则不能延长。而另一方面，20年的最长诉讼时效不存在中止和中断。诉讼时效的中止和中断只能适用于2年的普通诉讼时效和1年的短期诉讼时效。

第六编　涉外民事法律关系的法律适用

第十九章　涉外民事法律关系的法律适用

第一节　法律冲突

一、法律冲突的含义

我们所说的涉外民事法律关系，须具备以下涉外因素：法律关系的主体是外国人，法律关系的客体是位于外国的物，与法律关系的产生、变更或消灭有关的法律事实发生在国外。正由于有这种涉外因素的存在，所以，对于涉外民事法律关系，各国都主张管辖权和要求适用本国的法律。因此，实践中便可能会出现几种不同的法律竞相要求适用于同一民事法律关系的情况。法律冲突就是指当涉外民事法律关系涉及两个或两个以上国家，而有关国家的法律对该民事法律关系的规定不一致，且又竟相主张适用各自内国法律规定时，所存在的矛盾状态。适用不同国家的法律，其结果可能会大相径庭，所以必须确立一个明确标准来解决适用何国法调整涉外民事法律关系的问题。

二、法律冲突产生的原因

涉外民事法律关系产生法律冲突是由于下列几个因素同

时发生相互作用的结果。

（一）国际交往导致涉外民事法律关系的大量出现

由于商品交换在私有制出现时便已存在，在奴隶制国家出现以后，在商品交换的过程中，便出现了涉外民事法律关系。随着社会向现代的进步，国家间的相互依赖性、合作性加强了，国际交往日益频繁，由此而产生的涉外民事法律关系也愈益大量存在，同时，由于现代国家的法律观念的形成，法律冲突作为其不可避免的产物，便孕于其中了。

（二）各国法律规定不同

虽然存在着大量的涉外民事法律关系，但是，如果各国的法律规定都一致，那么也就不会产生法律冲突了。事实上，作为上层建筑的法律从来都是与一定的经济基础相联系的，而不同的国家，其经济利益、政治制度、历史特征和国际地位存在着差异，籍此而制定的法律也必然各不相同，这些差别不仅表现在一些立法原则上，同时还表现在对许多具体问题的规定上。例如：

在所有制方面的不同规定，由导致对法律关系客体的范围的不同限制。在社会主义公有制下，土地为国家或集体所有，不允许买卖、转让土地；而资本主义私有制下，土地作为私人占有的对象，是可以买卖和转让的。

由于各民族文化传统，思想意识，风俗习惯的不同，各国在家庭财产和婚姻关系的规定上也有所不同；至于公民在法律上具有行为能力的年龄，各国的规定就更是极不相同了，有的国家规定18岁（苏联、中国）有的国家规定21岁（法国），有的国家规定23岁（墨西哥）。

在涉外民事法律关系大量存在的今天，各国法律规定的不同为法律冲突的产生提供了可能性。

（三）外国人民事法律地位的确定和对外国法的适用

根据国家主权原则，每个国家的法律都有属人效力和属地效力。所谓属人效力是指一国法律对于具有该国国籍的人具有普遍的约束力。所谓属地效力是指一国法律对于在其境内的人具有普遍的约束力。但是，由于国际交往的增多，涉外民事法律关系的大量存在，所以，具有同一国籍的人不一定都在一个国家内，而一国境内也会有外国人和与外国人发生的法律关系的存在。正因为这样，只有对当事人间的权利、义务关系加以确定，才能够保证这些涉外民事法律关系的稳定发展。为此，各国法律均对外国人在内国的民事法律地位加以确定。许多学者都认为，赋予外国人民事权利是产生法律冲突的一个重要前提，因为，如果根本不承认外国人的民事法律地位，也不会发生法律冲突了。

同时，涉外民事法律关系涉及到法律的域外效力，内国法院在审理涉外民事案件时，经常会适用有关外国的法律。因为，如果一国根本否认外国法的效力，也不要求外国承认自己法律的域外效力，只适用内国法，那么就不存在法律选择问题，既使各国法律规定千差万别，也不会产生法律冲突了。

第二节　涉外民事法律关系的调整方法

调整涉外民事法律关系有两种方法，即用统一实体规范调整的直接调整的方法和用冲突规范调整的间接调整的方法。

一、直接调整的方法——实体规范的调整

所谓直接调整的方法，就是在实体规范中直接规定涉外民事法律关系当事人的具体的权利义务。这类实体规范最原始的体现是在国内法中。如我国《涉外经济合同法》第七条规定："当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字，即为合同成立。通过信件、电报、电传达成协议，一方当事人要求签订确认书的，签订确认书时，方为合同成立。"在这里，就涉外经济合同成立的形式要件，我国国内法做了直接具体的规定，不论当事人是何国人，都必须遵守这一规定，绝对排斥了外国法的适用，因此，也就避免了因此而产生的法律冲突。国内法中体现的实体规范是从一国的国家利益考虑的，也是一国主权的体现，其他国家必须尊重。

作为直接调整方法的实体规范还可以体现在国际条约和国际惯例中，由于它们是有关国家协商一致、共同遵守的规范，所以又称统一实体规范。

实体规范是涉外民事法律关系的直接调整方法，各国一般 的 作 法 是尊重本国法和该国参加的条约及当事人间的合同，同时，在维护主权和平等互利的原则，要参照有关的国际惯例和习惯。

二、间接调整的方法——冲突规范的调整

由于在涉外民事法律关系中，法律冲突的大量存在，通过冲突规范来进行间接调整，已经成为一种必不可少的重要调整方法，并且在发挥着巨大的作用。

冲突规范就是指明某种涉外民事法律关系应适用何国法律的规范。所以也叫"法律适用规 范"或"法 律 选 择 规 范。"在调整涉外民事法律关系中，冲突规范并不象实体规范那样直接规定当事人的权利义务关系。它只是规定一种标

志，必须再与依此标志所指向的某国的实体规范相结合，才能最终确定当事人的权利与义务，所以说这是一种间接调整的方法。

冲突规范的结构为“范围和系属”。所谓“范围”就是冲突规范所要调整的法律关系，“系属”是指出调整该项法律关系所适用的法律。例如：民法通则第一百四十七条规定：“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。”这里，“中华人民共和国公民和外国人结婚”是冲突规范的“范围”，而“婚姻缔结地法律”是冲突规范的“系属。”

在调整涉外民事法律关系的过程中，直接的和间接的调整方法都有各自的作用和各自的局限性，从现实的意义上说，只有二者的结合适用才会使它们的作用得到充分的发挥，同时，使它们各自的局限性在节元机制的作用下，降为最小的限度。这也是这个领域的长期趋势。民法通则第八章中的规定就同时采用了这两种调整方法。例如：第一百四十二条第二款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”这里就运用了统一实体规范的直接调整方法。在第八章其他条款中关于物权、合同等的规定中也都充分体现出了冲突规范的作用。在调整涉外民事法律关系时，我们可以用冲突规范来解决已存在的法律冲突，同时用实体规范来避免和排除法律规范，二者互相补充、配合运用。

第三节　涉外民事法律关系的法律适用

涉外民事法律关系包括涉外民事行为能力问题，涉外所有权、涉外债权、涉外继承权等多方面的法律关系。对于这些涉外民事法律关系，如何具体地适用法律？下面我们结合民法通则第八章的规定来加以研究。

一、涉外民事行为能力的法律适用

确定了外国人（包括自然人的法人）在内国的法律地位，那么就应该对于民事行为能力加以规定，否则，外国人在内国实施民事法律行为，在资格上和范围上就没有明确的标准，而这正是产生涉外民事法律关系的基础。

（一）自然人涉外民事行为能力的法律适用

民法通则第八条有一个原则性规定："在中华人民共和国领域内的民事活动，适用中华人民共和国法律，法律另有规定的除外。本法关于公民的规定，适用于在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，法律另有规定的除外。"这一原则指出，凡是在中华人民共和国领域内的外国人、无国籍人，其民事行为能力也适用民法通则第二章中的有关规定。这是外国人民事行为能力适用中国法的情况。第一百四十三条又规定："中华人民共和国公民定居国外的，他的民事行为能力可以适用定居国法律。"这是中国人民事行为能力适用外国法的情况。前面我们曾经说过，当事人民事行为能力一般依当事人属人法，即他的国籍所属国法，那么，为什么这里又出现了外国人适用国内法，和本国人适用外国法的情况呢？在我国境内的外国人，如果依其本国法无行为能

力，便处处无行为能力的话，那么，一方面外国人在中国从事民事行为的范围受到很大限制，另一方面，中方当事人必须要首先了解各国关于民事行为能力的规定，然后，才敢与外国人进行涉外民事交往，这也是不够实际的。至于定居在外国的中国公民，其民事法律行为大部分发生在居住国，民法通则第一百四十三条规定，在这种情况下其民事行为能力也可以适用定居国法律，这与上面所说的理论是相适应的。

（二）法人涉外民事行为能力的法律适用

在涉外民事法律关系的主体中，除了自然人之外，还有一类非常重要的主体——法人。一个国家的法人到另一个国家去从事经营活动，需要取得活动地国家法律的认可，一般国家的法律都要对外国人在本国从事经营活动的权利能力和行为能力加以规定。民法通则对于外国法人的权利能力没有规定，但在《中外合资经营企业法》第一条中对外国法人的权利能力作了规定，这一条规定："……允许外国公司、企业和其他经济组织或个人，按照平等互利的原则，经中国政府批准，在中华人民共和国境内，同中国的公司、企业或其他经济组织共同举办合营企业。"法人的权利能力和行为能力是不可分的，如果说法人权利能力和行为能力依属人法，那也只是解决法人本身的法律人格问题，而当法人在其他国家从事经营活动时，其权利能力和行为能力往往要受到活动地国家法律的种种限制。国际上一般的原则是，外国法人在内国的法律地位问题，应遵守内国法律的规定，其活动范围不应超过内国法律规定的限度。《民法通则》第四十八条规定的中外合资经营企业法人，中外合作经营企业法人和外资企业法人并不是上面我们说的外国法人，因为它们都具有中国国籍，但与一般的中国法人不同，是具有涉外因素的中

国法人，四十八条规定它们的企业所有的财产承担民事责任。可见，这种法人的民事行为能力是依中国法之规定的。

二、涉外所有权的法律适用

正如在国内民法中一样，所有权问题在涉外民事法律关系中也是一项十分重要的基础内容，因为，只有承认所有权，才能进行涉外民事交往，也才能适用相应国家的法律，保护当事人的合法权益和涉外民事法律关系的稳定。

（一）国际民事交往中不同所有制的平权原则

马克思曾经指出："法的关系正象国家的形式一样，既不能从它们本身来理解，也不能从所谓人类精神的一般发展来理解，相反它们根源于物质的生活关系。①"所有权作为一种法律关系，它与所有制密切相关，它是所有制在法律上的反映和表现。现在，世界上存在着两种根本对立的生产资料所有制以及与之相适应的财产所有权制度，一种是资本主义生产资料私有制及资本主义财产私人所有权，一种是社会主义生产资料公有制及社会主义财产国家所有权和集体所有权。不论我们在理论上如何抨击资本主义私有制的不合理性和逆历史性，但是在实践中，我们必须要立足于这个财产所有制多元存在的世界，客观地寻求国际民事交往中公平合理的准则。

国际间的民事交往，都以相互承认对方依其本国法律而享有的民事权利为前提，并在此基础上进行平等互利的经济交往。例如，我们的进口贸易，正是在承认外国卖方对货物依其本国法而享有所有权的前提下，才得以开展的。在出口贸易中，外国买方也同样承认我方出口商对该货物而享有的所有权。

相互承认依据对方国家法律而产生的所有权，并在此基

① 《马克思恩格斯选集》第2卷第194页，人民出版社1966年版。

础上进行国际民事交往的原则，我们称之为不同国家所有制的平权原则。这一原则是涉外民事法律关系产生的前提之一。对此，不论是在相同社会形态的各个国家之间，或是在不同社会形态的各个国家之间都必须要遵守。

（二）物之所在地法原则

现在，世界各国解决所有权的法律冲突，最广泛适用的是物之所在地法这个冲突原则。

在我国现行法律中，物之所在地法原则已得到体现。民法通则第一百四十四条规定："不动产的所有权，适用不动产所在地法律。"例如，我国一律不承认外国人在华拥有土地所有权，我国公民在外国则可以根据当地的法律规定取得土地所有权等。民法通则虽然只规定了不动产物权依物之所在地法，但是，在其他法律中对动产物权的法律适用也同样有所体现。例如，我国法人和自然人在外国取得财产的范围受外国法律制约，外国现行法律禁止买卖的商品不得作为交易对象。可见，我国对于动产物权也适用物之所在地法原则。民法通则是从我国的经济利益和主权要求出发的，它与我国在处理涉外民事法律关系中的国家主权原则及对内对外政策并不矛盾。

三、涉外债权的法律适用

债的关系是国际民事流转中的主要法律关系。在国际民事交往中，关于债的法律冲突是不可避免的，而且是大量存在的。探讨解决这种法律冲突的方法和依据，对于促进国际间的经济、技术、科学和文化的交流，是十分必要的。因此，民法通则对于涉外之债中最主要的两类——涉外合同之债和侵权行为之债做了较具体的规定。

（一）涉外之债的含义及特点

在国际民事流转中产生的债，是含有涉外因素的债。其涉外因素在于：或者其主体的一方或双方为外国的自然人或法人，或者其客体是在外国，或者引起债权债务关系产生、变更和消灭的事实发生在国外。

涉外之债的当事人在发生争执时，可能在当事人的本国的法院或仲裁机构审理，也可能在双方当事人约定的第三国的法院或仲裁机构审理。而且一个国家的法院或仲裁机构在审理涉外债权债务纠纷时，不仅应考虑适用外国法律、国际条约、国际惯例，而且还必须同时要考虑本国的对外政策及当时国际形势的影响，所以，与国内民法中的债相比，涉外之债，不论其本身还是审理其纠纷的过程，都远远要复杂得多。

（二）涉外合同之债的法律适用

涉外合同是涉外之债发生的主要根据，涉外合同之债则是涉外之债的主要内容。涉外合同在国际货物买卖、运输、保险、支付与结算、以及经济技术合作等领域内广泛发生。对于这些领域的涉外合同，已有大量的统一实体规范和国际惯例进行调整，民法通则第一百四十二条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”这是一次概括性的规定，说明我们的原则首先是尊重国际条约的统一规定。至于其具体内容，由于各个领域有自己的特殊性，所以各种统一实体规范也是千秋各异的，这里不多加赘述。下面我们将要研究的，是《民法通则》第一百四十五条关于涉外合同之债法律适用的一些具体标准。

在我国涉外合同一般是指我国企业或经济组织同外国企

业、经济组织或个人之间所订立的合同。这种合同在订立和履行过程中产生的法律问题适用何国法来解决，一直是合同当事人、特别是外国一方当事人极为关注的事情。这一关键性问题直接关系到我国的对外开放政策能否深入贯彻实施。在良好的投资环境中，法律是必不可少的一环。为了打消外方投资者在与我方进行经济、技术合作时的心理障碍，用法律来合理地确定涉外合同之债的法律适用是势在必行的。

在此，我们首先有必要了解国际上关于涉外合同之债准据法确定的原则。我国的涉外经济合同法和民法通则的有关规定，都是在吸收了国际上这些一般原则的基础之上制定出来的。

在国际经济和贸易交往中产生的、不同国家当事人间所订立的合同应该适用何国法问题，在国际私法中有两种不同的理论和主张，即“客观论”和“主观论”。

所谓“客观论”又称“客观标志说”。这种理论认为，国际经济贸易合同应当适用合同或合同的主要条款最集中地与某一场所有自然联系的那个国家的法律.《民法通则》第一百四十五条第二款规定：“涉外合同的当事人没有选择的，适用与合同有密切联系的国家的法律。”这里就可以依据所谓“密切联系”的客观标志来确定用何国法来调整涉外合同之债。法官的任务就在于具体地分析涉外合同中所涉及的各种法律关系的性质，以及它与某一法律体系之间的联系，有针对性地去适用不同的法律。

关于涉外合同之债法律适用的另一种主张即“主观说”，也就是著名的“意思自治说”。这种理论认为，涉外合同的准据法应是当事人在缔结时指定适用于合同的法律，因为当事人既然有权按照他们自己的意志，协议创设某种权

利义务关系，他们当然也有权来选择适用于他们的合同的法律，这两个方面应该是一致的，并且有机地结合在任何一个具体的合同之中。涉外合同的条款既然是由当事人协议签订的，那么，合同所适用的法律也应该由双方当事人来选择，而且，也只有合同当事人才有权选择合同所适用的法律。只有在当事人无此种指定时，才应推定适用其他法律。这种学说在我国法律中也有所体现。涉外经济合同法第五条规定："合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。……"民法通则第一百四十五条第一款也有同样的规定："涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，法律另有规定的除外。"

根据当事人的意思，由他们自己协议决定适用于合同的法律，一般认为有下述两方面的好处，首先，有利于当事人预见法律行为的后果和法律关系的稳定性，在商业领域里，这是当事人所特别期望的；其次，在当事人缔结合同时便将适用于合同的法律确定下来，有利于一旦发生争议时，使争议能得到迅速的解决。但是，这里便会产生一种疑问：由当事人来自由地选择合同适用的法律，是否有损我国主权呢？我们说，首先，给予当事人这种选择其合同所适用的法律的自由，正是我国立法机关行使国家主权的一种体现。涉外经济合同法和民法通则的这一条规定，是我国立法机关从实行对外开放政策这一基本前提出发。以平等的态度研究各国的同类规定，而权衡各方利弊，独立地作出的。其次，这里规定的当事人选择适用的法律，是指合同的准据法，即处理合同争议所适用的法律，多属任意性规定，其具体内容，一般不牵涉国家主权问题。在国际经济交往中，在国家独立和主权平等的前提下，起支配作用的原则，是平等互利。合同当事

人，首先要依靠其自己订立的合同和为保障合同履行作出的努力，其次才是依靠调整合同关系的法律，来维护自己有关的经济利益。所以说，各国的合同准据法，只是协助当事人处理好他们之间的权利义务关系。因而，一般国家都是允许当事人去选择自己愿意适用的准据法。

当事人可以在合同中选择适用于他们之间关系的法律也并不是不受任何限制的绝对自由。

我国的民法通则和涉外经济合同法就涉外合同之债的法律适用问题作出规定，当事人可以选择处理合同争议所适用的法律而在没有选择的情况下，适用与合同有最密切联系的国家的法律。同时，我国还作了一些限制性规定，即在涉外经济合同法中规定了必须适用中国法的几类涉外合同。

（三）涉外侵权行为之债的法律适用

在国际民事交往中，不同国家的当事人之间的侵权行为和由此而产生的损害赔偿问题，是涉外民事法律关系大量存在的必然产物。权利的平衡既然是由当事人订立的，那么，这种平衡就同样会被当事人打破，于是，便出现了涉外侵权行为之债。

传统上，各国普遍承认并采用的是“侵权行为之债的准据法为侵权行为地法”这一冲突规范。因为侵权行为之债的发生是基于行为地法律的权威性，而不是当事人之间的含意；所以，它不能象合同那样由当事人选择适用的法律，这里排除了“意思自治”原则的适用；法律所要保护的当事人之间权利的平衡是在侵权行为地被打破的，适用行为地法也是行为地的公共秩序的需要，并且易于认定事实的性质和法律责任；在这种侵权行为的后果中，侵权行为地因此种行为而蒙受的损害最大。所以说，侵权行为之债适用侵权行为地

法是多方的需要。这种原则在十九世纪末以前，一直是被广为崇尚的，但是随着现代科学技术的发展，侵权行为的复杂性加强了。法律适用的原则也因此而得到一定的发展。新的主张认为，侵权行为之债应适用当事人本国法、当事人住所地法或者法院地法。人们认为，由于交通工具的进步，日行万里，跨越数国已是轻易之举，侵权行为地有时只是一个偶然的因素罢了。它与侵权行为之间的关系已不是那么重要的了。需要寻找的标准应当是与侵权行为有最密切联系的，即侵权行为之债的准据法为依具体情况和条件与侵权行为有最密切联系国家的法律。在众多的因素中，当事人的国籍、住所，一般则总能与他保持较紧密的联系，需要加以考虑。但是对属人法的适用不应成为免除侵权行为人的损害赔偿责任的借口，尤其是在侵权行为能力问题上，即侵权人对自己的行为承担法律责任的能力。对此，各国虽然有不同的规定，但是仍应依侵权行为发生地的法律调整为宜，因为对于无责任能力的人所实施的侵权行为，法律不追究他本人的责任，赔偿的责任应由有义务对他实行监护的人承担，所以，如果借口行为能力依当事人的属人法，而免除侵权行为人的损害赔偿责任，那显然不合情理。

《民法通则》第一百四十六条第一款规定："侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。"在这里首先确立了行为地法原则，下面又作了一些灵活性规定。因为在当事人双方都是同一国籍，或在同一国有住所时，这种侵权行为与侵权行为地的关系不大，所以，可以适用当事人本国法或当事人住所地法来解决。这一规定同样适用于法人。

我国民法通则一百四十六条第二款规定："中华人民共和国法律不认为在中华人民共和国域外发生的行为是侵权行为的，不作为侵权行为处理。"这是一种带有防御性的条款。由于各国的思想意识，尤其是经济条件不同，它们的法律对于什么是侵权行为，以及因侵权行为而产生的损害赔偿责任的规定是不同的，对赔偿金的规定更是相当的悬殊，为了防止某些国家利用所谓的"侵权行为"而要求巨额赔偿，给我国公民和国家带来极为不利的后果，民法通则作了上述规定。

四、涉外继承关系的法律适用

如果说现代世界是一个开放的世界，那么，不同国籍的人频繁交往于经济领域的现象更是不胜枚举的，积蓄下来的财产也会随着它的主人居于异国，其遗留下来的财产往往会产生涉外继承问题。对这个问题的处理，既关系到我国公民在外国的财产权益保护问题，也关系到外国公民在我国的财产权益的保护问题。

各国在确定法定继承的准据法时，一般采取"同一制"和"区别制"两种不同办法。

法定继承的同一制，就是指不区分动产与不动产，对继承适用同一的冲突规范。

法定继承的区别制，是指在处理涉外继承时，区分动产与不动产，适用不同的冲突规范。这种原则的一般主张是，动产的法定继承依被继承人属人法，不动产继承依物之所在地法。我国是采取区别制来处理涉外继承的。我国《继承法》第三十六条规定："中国公民继承在中华人民共和国境外的遗产或者继承在中华人民共和国境内的外国人的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法

律。”“外国人继承在中华人民共和国境内的遗产或者继承在中华人民共和国境外的中国公民的遗产，动产适用被继承人住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”

民法通则基本上采用了《继承法》的这一规定，但是一个人有时含有几个住所，在这种情况下，继承法的规定就不够明确了，考虑到法律的周延性，民法通则第一百四十九条对涉外继承的法律适用作了如下规定：“遗产的法定继承，动产适用被继承人死亡时住所地法律，不动产适用不动产所在地法律。”这样，把住所地限定为被继承人死亡时的住所地。

确定了涉外继承的准据法，随之而来的还会有一些具体问题，需要国内法加以规定。在我国的实践中，外国人在华遗产的继承人范围，与我国处理本国人遗产的继承人范围相同。至于可继承遗产的范围，主要考虑该遗产的性质、用途，在某些情况下还要考虑这种财产取得的方式。如查明遗产是非法取得的，则不得继承，应收归国有或归还原主。外国人死亡后，根据不承认外国人在华土地所有权的原则，土地一律不准继承。动产物均可以继承，但其中某些动产继承后能否携带出境（如古玩、文物等），则属另一个问题，应依我国的法律有关规定解决。

在涉外继承中，同样适用债务承担仅以继承财产为限的原则。对于被继承人生前所欠债务，其中属于欠我国机关的公款、捐税等，可以优先从其在我国的遗产中扣除，而一般债务由继承人自行解决，但只在其继承的遗产的实际价值内负责。

如果有外国人提出申请继承时，必须由申请人提供经过公证认证的身份证明书，证明申请人与被继承人的关系。

民法通则只对涉外法定继承做了规定，在实践中我国承认遗嘱继承。这是因为我国既保护个人的财产所有权，也保护个人对其财产的处分权。但是，在遗嘱继承人的范围、遗嘱的有效条件、遗嘱处分的范围以及特留财产等方面，对遗嘱自由有所限制，这种限制的目的也在于更好地保护公民私有财产，保护无劳动能力或生活能力的法定继承人的权利。因为我国没有专门规定涉外遗嘱继承的法律，所以，民法通则关于法定继承所确定的原则和《继承法》中有关遗嘱继承的规定均可以适用于涉外遗嘱继承。

第四节 涉外民事法律关系的法律适用原则

民法通则第一百四十二条规定：

“涉外民事关系的法律适用，依照本章的规定确定。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例。”

这一条规定是对于涉外民事法律关系的法律适用起着概括、指导作用的总原则。它体现了国际条约的效力优于国内法的规定的精神，但我国声明保留的条款除外。同时国际惯例作为国际条约的国内法的补充，起着非常重要的拾遗补漏的作用。

基于这样的原则，根据民法通则第8章各条所确定的适用规则，在适用法律时，可能会出现两种情况，一种是某些

涉民事案件适用中国法来处理，一种是有些涉外民事案件要适用外国法去处理，或者适用某些国际惯例来处理。为了避免适用外国法或国际惯例给我国公民或国家带来不利，或者违背我国的社会利益或强制性的法律规定，民法通则第一百五十条规定："依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的，不得违背中华人民共和国的社会公共利益。"我国正是充分考虑到国际形势及国际上的作法，以维护国家主权和保护我国国家和公民的利益为目的，而作出这一规定的。

从民法通则第八章的体例上看，公共秩序保留作为最后一条规定了出来，是对第八章各条规定的总限制。也就是说，无论在上述哪种适用外国法的情况下，只要该外国法的适用违背我国的社会公共利益，我国均不予承认和适用。

此外，值得注意的是，对于"公共秩序"，各国的理解是不同的，完全由各国根据其本国的利益和对外政策的需要来解释，在何种范围内适用，由法官根据本国的利益来考虑。因此，公共秩序保留实际上是一个富有弹性的条款。根据我国的司法实践，一般在下列场合应该运用公共秩序保留：（1）凡外国法允许利用私有财产侵害我国社会主义公有制的规定，不得适用；（2）外国法中基于种族或民族歧视所作的限制性规定，不得适用；（3）凡试图在我国境内建立一夫多妻制的婚姻而援用外国法，不得适用；（4）根据国际上公认的平等互利的原则，当外国国家无理拒绝承认我国法律效力时，作为一种报复手段，我们也可以援用公共秩序保留来限制适用该外国法。可以认为，我国对于公共秩序的理解就是要不违背中华人民共和国法律的基本准则和我国国家、社会的利益。